

Rechtsprobleme der staatlichen Kunstförderung

- unter Ausschluß bundesstaatlicher Probleme -

INAUGURAL-DISSERTATION

zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Frieder Schäuble, Gerichtsreferendar
aus Tübingen a. N.

1965

Rechtsprobleme der staatlichen Kunstförderung

- unter Ausschluß bundesstaatlicher Probleme -

INAUGURAL-DISSERTATION

zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Frieder Schäuble, Gerichtsreferendar
aus Tübingen a. N.

Tag der mündlichen Prüfung: 26.7.1965

Dekan: Professor Dr. Streißler

Referent: Professor Dr. Hesse

Korreferent: Professor Dr. Bullinger

Meinen Eltern

Meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026



GLIEDERUNG UND INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
E i n l e i t u n g :	
DIE KUNST ALS GEGENSTAND STAATLICHER FÖRDERUNG	1
I. Die allgemeine Problematik staatlicher Kunstförderung	1
1. Kunstförderung als Teil der Kulturpolitik	1
2. Die Freiheit der Kunst	3
II. Grenzen staatlicher Kunstförderung	5
III. Gang der Untersuchung	7
E r s t e s K a p i t e l :	
DIE KUNST ALS BEGRIFF DER RECHTSORDNUNG	7
I. Soziologische Voraussetzungen der Freiheit der Kunst und ihr Verhältnis zum Staat	7
II. Versuch einer Definition der Kunst als Rechtsbegriff	11
1. Bisherige Lösungen in der Literatur und Rechtsprechung	12
2. Versuch einer eigenen Begriffsbestimmung	13
a) Kunst ist Äußerung	14
b) Gegenstand der Äußerung	15
c) Form der Äußerung	17
d) Zusammenfassung	20
3. Erscheinungsformen der Kunst	20
a) Die Künste im Überkommenen Sinne	21
b) Der Film als Kunst	22
4. Überblick über die vom Staat geförderten Künste	25
a) Durch die Bundesrepublik	25
b) Durch das Land Baden-Württemberg	27
c) Durch das Land Berlin	27
d) Zusammenfassung	29

III. Ist der Kunstbegriff der Rechtsordnung wertfrei oder wertbezogen?	29
1. Bisherige Lösungen im Rahmen des Grundrechts der Kunstfreiheit	29
a) Die Ansicht des Reichsgerichts	31
b) Die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts	32
c) Die Ansichten in der Literatur	36
d) Die Ansicht des OVG Münster	39
2. Lösungsvorschlag für Art. 5 Abs. 3 GG	40
a) Entstehungsgeschichte	41
b) Die Bedeutung des Grundrechts	42
c) Kunst bedeutet künstlerische Tätigkeit	44
d) Künstlerische Tätigkeit ist Äußerung	44
e) Kritik am Urteil des OVG Münster (OVGE 14, 185)	47
f) Ergebnis	51
3. Exkurs: Praktische Konsequenzen des Ergebnisses	53
a) Im Bereich des literarischen Jugendschutzes	53
b) Im Bereich des Strafrechts	54
c) Im Bereich des Jugendschutzes bei Filmen	56
4. Welcher Kunstbegriff gilt für die staatliche Kunstförderung?	59
a) Der Umfang des Förderungsversprechens in den Länderverfassungen	59
b) Ergebnis	60

Zweites Kapitel:

DER UMFANG DER STAATLICHEN KUNSTFÖRDERUNG

(unter Berücksichtigung der kommunalen Förderung)	64
I. Aufgabe und Inhalt staatlicher Kunstförderung	64
II. Übersicht über die wichtigsten Maßnahmen staatlicher und kommunaler Kunstförderung	67
1. Maßnahmen zur Ausbildung der Künstler	67
2. Unterhaltung von Theatern und Orchestern	68
3. Unterstützung einzelner Künstler	70
4. Kunstpreise	72
5. Zuschüsse für künstlerische Veranstaltungen (speziell: Filmförderung)	73
6. Aufträge an Künstler	78

III. Die Befugnis des Staates zur Kunstförderung	79
1. Staatliche Kunstpflege im 19. Jahrhundert	80
a) Staatliche Tätigkeit	81
b) Die Bedeutung des Monarchen	83
c) Das private Mäzenatentum	85
2. Staatliche Kunstpflege in der Weimarer Republik	86
a) Staatliche Maßnahmen	86
b) Private Kunstpflege	90
3. Kunstpolitik im Dritten Reich	91
a) Maßnahmen der Kontrolle	92
b) Kunstförderung	94
4. Die Situation in der Bundesrepublik	96
a) Das private Mäzenatentum	96
b) Notwendigkeit staatlicher Maßnahmen	98
c) Recht und Pflicht des Staates zur Kunstförderung	100
Anhang: Hinweise auf die staatliche Kunstpflege im Ausland	102

D r i t t e s K a p i t e l :

VERWALTUNGSRECHTLICHE QUALIFIZIERUNG DER MASSNAHMEN STAATLICHER KUNSTFÖRDERUNG	103
--	-----

I. Ausklammerung kommunaler Kunstpflege	103
II. Rechtsformen staatlichen Verwaltungshandelns	105
1. Die Formen des Verwaltungshandelns	105
a) Die Jellineksche Dreiteilung	106
b) Schlichthoheitliche Verwaltung und Leistungsverwaltung	106
2. Die Grundrechtsbindung fiskalischer Staatstätigkeit	108
a) Die neuere herrschende Lehre	108
b) Die Ansicht Zeidlers	109
c) Der Fiskusbegriff	111
d) Ergebnis	112
3. Die hier verwendete Einteilung des Verwaltungshandelns	113

III. Die einzelnen Maßnahmen der staatlichen Kunstförderung	114
1. Betrieb und Unterhaltung künstlerischer Einrichtungen	114
2. Zuschüsse für künstlerische Einrichtungen und Veranstaltungen	117
a) Der Subventionsbegriff	117
b) Terminologische Fixierung: Zuschüsse	121
c) Rechtliche Qualifizierung	122
aa) Allgemein	122
bb) Speziell: Filmförderung	124
3. Zuschüsse an einzelne Künstler	125
4. Kunstpreise	126
a) Ihr Zweck	127
b) Rechtliche Einordnung	129
5. Aufträge an Künstler	132

Viertes Kapitel:

DAS PROBLEM DER GESETZLICHEN ERMÄCHTIGUNG	134
I. Die Problemlage	134
1. Die traditionelle Vorbehaltslehre	134
2. Ihre Grundlage	136
II. Die Versuche zur Erweiterung des Gesetzesvorbehaltes	137
1. Die Argumentation vom demokratischen Prinzip aus	138
a) Das Verhältnis von Parlament und Exekutive (Jesch)	139
b) Kritik: Die verfassungsrechtliche Ermächtigung der Exekutive	142
aa) Die mittelbare demokratische Legitimation der Exekutive	143
bb) Verfassungsauftrag an eine funktionsfähige Exekutive	144
c) Die übrigen Vertreter dieser Beweisführung	146
2. Die Argumentation vom sozialen Rechtsstaat aus	148
a) Der Ansatzpunkt der neueren Versuche	148
b) Das Sozialstaatsprinzip	149
c) Kritik: Mangelnde Schlüssigkeit der Argumentation	150

	Seite
aa) Die Situation des Bürgers würde verschlechtert	152
bb) Die Grundrechte sichern den Anspruch des Einzelnen	154
3. Die Ansicht der Rechtsprechung	154
a) Die Stellungnahmen für eine vorsichtige Erweiterung des Gesetzesvorbehalts	155
aa) Das Bundesverfassungsgericht	155
bb) Das Bundesverwaltungsgericht	155
cc) Das OVG Saarland	156
b) Die Ansicht des VG Frankfurt und des OVG Münster	157
c) Die ablehnende Ansicht des VGH Kassel	159
III. Versuch einer Ausdehnung des klassischen Gesetzesvorbehalts	160
1. Die Ansicht von Peters	160
2. Versuch einer eigenen Lösung	162
a) Gewährung existentiell notwendiger Leistungen	164
b) Belastender Eingriff durch Begünstigung eines Dritten	165
c) Ergebnis für die staatliche Kunstförderung	167
aa) Allgemein	167
bb) Versagung von Filmprädikaten	169
Fünftes Kapitel :	
ART. 5 ABS. 3 GG ALS MASSTAB STAATLICHER KUNSTFÖRDERUNG	171
I. Die Bedeutung des Grundrechts der Kunstfreiheit	171
1. Als Zweckbestimmung staatlicher Kunstförderung	171
2. Inhalt des Grundrechts	173
II. Rechtliche Grenzen der Kunstfreiheit	174
1. Das Problem des nicht ausdrücklich begrenzten Grundrechts	174
2. Ableitung von Einordnungsgrenzen aus der Rechtsgütertrias des Art. 2 Abs. 1 GG	176
a) Unmittelbare Begrenzung aus Art. 2 Abs. 1 GG	176
b) Art. 2 Abs. 1 GG als Anhaltspunkt zur Ermittlung von Einordnungsgrenzen	177
c) Die Bedeutung des Begriffs "verfassungsmäßige Ordnung"	179

	Seite
aa) Die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts	179
bb) Kritik	180
d) Die Einordnungsgrenzen des Art. 5 Abs. 3 GG	182
aa) Die Rechte Dritter	182
bb) Das Sittengesetz	183
e) Speziell: Die verfassungsmäßige Ordnung	184
aa) Die Normen des Kriminalstrafrechts	185
bb) Die polizeiliche Generalklausel	186
3. Zusammenfassung	188
4. <u>Exkurs:</u> Die Prüfungsgrundsätze der Freiwilligen Selbstkontrolle der Filmwirtschaft als Begrenzung der Kunstfreiheit	188
a) Die Grundlagen der allgemeinen Prüfungstätigkeit der FSK	188
b) Das Problem der Wirkungszensur	191
c) Die Spruchpraxis der FSK	194
III. S o z i o l o g i s c h e G e f ä h r d u n g d e r K u n s t f r e i h e i t	195
1. Die soziale Stellung der Künstler	196
2. Gefährdung durch das öffentliche Mäzenatentum	198
a) Dessen Bedeutung	198
b) Das Grundproblem staatlicher Kunstförderung	200
aa) Das Problem der Auswahl	201
bb) Das Verbot eines künstlerischen Werturteils	202
cc) Der Staat muß sich im Bereich der Kunst neutral verhalten	204
IV. U n t e r s u c h u n g d e r w i c h t i g - s t e n M a ß n a h m e n s t a a t l i - c h e r K u n s t f ö r d e r u n g	206
1. Ausbildungsstätten	206
a) Die Zulassung der Schüler	206
b) Die Stellung der Lehrkräfte	207
2. Förderpreise und Stipendien	208
3. Soziale Beihilfen	209
a) Das Auswahlprinzip	209
b) Besteht ein Rechtsanspruch?	210

4. Kunstpreise	211
a) Ihre Bedeutung und ihr Zweck	211
b) Die Stellung des Preisgerichts	212
aa) Ist es staatliche Einrichtung?	213
bb) Seine Stellung als nichtstaatliche, unabhängige Einrichtung	215
cc) Die Entscheidung des Preisgerichts als Grundlage staatlichen Handelns	217
c) Ergebnis	218
d) Untersuchung der einzelnen staatlichen Kunstpreise	220
aa) Der Bundesfilmpreis	220
bb) Baden-Württemberg	221
cc) Bayern	222
dd) Berlin	222
ee) Bremen	223
ff) Hamburg	224
gg) Hessen	225
hh) Niedersachsen	225
ii) Nordrhein-Westfalen	226
kk) Rheinland-Pfalz	226
ll) Saarland	227
mm) Schleswig-Holstein	228
e) Die Versagung des Rechtsweges in den Richtlinien	229
5. Staatliche Theater und Orchester	229
a) Ihre besondere Bedeutung für das Gemeinwesen	230
b) Die Stellung des künstlerischen Leiters	231
6. Zuschüsse für künstlerische Veranstaltungen	233
a) Die kulturelle Bedeutung als Auswahlprinzip	234
b) Speziell: Die Bundesfilmprämien	235
aa) Das Kriterium der Auswahl	236
bb) Ergebnis	238
c) Speziell: Die Filmprädikate der Filmbewertungsstelle Wiesbaden	240
aa) Die Arbeitsweise der FBW	241
bb) Die Kriterien der Auswahl	241
cc) Die Stellung der Ausschüsse	242
7. Künstlerische Aufträge	246
a) Allgemein	246
b) Im Rahmen eines Nothilfeprogramms	247
Schlußbemerkung	248
Literaturverzeichnis	250
Lebenslauf	

E i n l e i t u n g

DIE KUNST ALS GEGENSTAND STAATLICHER FÖRDERUNG

I. Die allgemeine Problematik staatlicher Kunstförderung

Staatliche Kunstförderung ist eine fragwürdige Wortverbindung: des Fragens würdig ist nicht nur, wie der Staat die Künste zu fördern habe, sondern auch, ob er überhaupt das Zeug zum Mäzen besitze. Kann es sinnvoll und zulässig sein, daß eine "Kunstverwaltung" oder "Kunstförderungsverwaltung" etabliert und tätig wird?

War die Kunst bis vor kurzem rechtlicher Betrachtung überwiegend als Objekt repressiven staatlichen Handelns geläufig, nunmehr, nimmt sie der Staat in tätige Obhut, wird sie es als Gegenstand staatlicher Pflege und Förderung. Und weil der Staat rechtlich verfaßte Ordnung ist, vervollkommenet sich der Zustand, den Beling das "unheimliche Problem der Umklammerung der Kunst durch das Recht" genannt hat¹⁾.

1. Kunstförderung als Teil der Kulturpolitik

Staatliche Kunstförderung oder Kunstpflege ereignet sich im organisatorischen Bereich der Kulturpolitik, wie denn auch jedes Kultusministerium eine Kunst-Abteilung besitzt²⁾. Die Selbstverständlichkeit, mit der allenthalben von "Kulturpolitik" und "Kulturverwaltung" geredet wird, sollte nicht darüber hinwegtäuschen, daß sich dahinter ein höchst problematischer Sachverhalt verbirgt, der die Frage nahelegt, ob sich Kultur verwalten und als Gegenstand staatlichen Bemühens begreifen läßt. Man wird sie aufgrund geschichtlicher Entwicklung für bestimmte Sachgebiete der Kulturpolitik, etwa das des Schulwesens, des Natur- und Landschaftsschutzes, bejahen müssen. Staatliches Handeln erscheint hier

1) Kunstfreiheit und Rechtsbann, Festschrift Heinrich Wölfflin, S. 19.

2) Das Bundesministerium des Innern hat eine Abteilung "Kulturelle Angelegenheiten des Bundes", welche die hier interessierenden Fragen bearbeitet.

grundsätzlich sachgerecht, wobei es uns auf Grenzen und Bedingungen nicht anzukommen braucht.

Begreift man mit Arnold Bergstraesser³⁾ Kultur als "die schöpferische, dem Genialen des Geistes entstammende, also nicht erzwingbare Kraft der gestaltenden und ordnenden Äußerung", so wird deutlich, daß die Kunst im Zentrum der Kultur steht. Nun mag zwar dieser - deutsche⁴⁾ - Begriff der Kultur in seinem offenbaren Gegensatz zur Zivilisation⁵⁾ zu eng sein, und er bezeichnet gewiß auch den Bereich moderner Kulturpolitik nicht umfassend, das würde doch am Ergebnis nichts ändern, daß nämlich die Kunst Teil der Kultur, der "innerhalb einer Gemeinschaft wirksamen geistigen Kräfte"⁶⁾, ihrer "Bildungsgüter"⁷⁾ ist.

Das wirft erneut die Frage auf, ob die Kunst Gegenstand der Kulturpolitik sein kann. Es besteht ein augenscheinlicher Unterschied zwischen dem Schulwesen und der Kunst in dieser Hinsicht. Was man dort grundsätzlich bejahen kann, wird hier zu einer Zweifelsfrage. Denn die Kunst scheint sich dem Organisiert- und Verwaltetenwerden ihrem Wesen nach zu entziehen, da sie nicht erzwingbar, nicht "machbar"⁸⁾ ist. Ähnliches gilt für die Wissenschaft, die darum in Art. 5 Abs. 3 GG zusammen mit der Kunst erwähnt ist.

3) Kultur, kulturelle Begegnung, internationale Kulturpolitik, in: Schriften und Reden, S. 229.

4) Vgl. Bergstraesser, a.a.O. (3); Adorno, Kultur und Verwaltung, Merkur 14. Jahrgang, S. 101; Scherer, Artikel: Kultur I, Staatslexikon, Sp. 168; Heuss, Kräfte und Grenzen einer Kulturpolitik, S. 7: Kultur ein "Lieblingsswort der Deutschen".

5) Vgl. dazu Richter, Was heißt und zu welchem Ende treibt man Kulturpolitik? Bonner akademische Reden, 14. Heft, S. 8. Zur Überspitzung dieses Gegensatzes im 19. Jahrhundert vgl. Bergstraesser, a.a.O. (3); E.R. Huber, Zur Problematik des Kulturstaates, S. 23.

6) BVerfG, Urt. v. 14.7.1959, BVerfGE 10, 20 (36). Vgl. auch Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 388; Werner Thieme, Die Kulturordnung im Grundgesetz als föderalistisches Problem, Annales Universitatis Saraviensis, Band VIII 1/2, S. 59.

7) E.R. Huber, a.a.O. (5).

8) Vgl. dazu Freyer, Gesellschaft und Kultur, Propyläen-Weltgeschichte, 10. Band, S. 499 ff. Offen bleibt, ob man das allgemein von der Kultur sagen kann. Vgl. dazu Heuss, a.a.O. (4), S. 11.

Am Beispiel der Wissenschaft zeigt sich aber auch, in welchem Rahmen eine staatliche Pflege möglich, sinnvoll und unter bestimmten Voraussetzungen sogar notwendig ist. Der Staat kann die materiellen Bedingungen wissenschaftlicher Forschung günstig gestalten und dadurch einen wichtigen Beitrag zum wissenschaftlichen Fortschritt leisten. Diesen selbst aber kann er nicht bewirken. Und auch die Bedeutung des ihm möglichen Beitrages ist in den verschiedenen Wissenschaftszweigen verschieden, wie ein Vergleich des Kapitalbedarfs in geisteswissenschaftlichen und naturwissenschaftlichen Disziplinen zeigt.

Kulturpolitik in Sachen Kunst ist ebenfalls zunächst denkbar als das Bemühen, äußere Voraussetzungen für das Blühen der Künste zu schaffen. Das bedeutet die Bereitstellung sächlicher Mittel, welche dem Künstler das Arbeiten ermöglichen oder erleichtern. Tatsächlich liegt hier das Kernstück moderner staatlicher Kunstförderung. Unabhängig davon, ob der Staat darüber hinaus ein Amt für die Kunst besitzt, was verschiedene Epochen unterschiedlich beantwortet haben, wirft schon dieser Sachverhalt alle jene Fragen auf, welche die Problematik jeder Beziehung von Staat und Kunst ausmachen. Sie wiederum ist im Grunde die Problematik der staatlichen Kulturpolitik überhaupt.

2. Die Freiheit der Kunst

Die Kunst ist ein menschlicher Lebensbereich eigener Art. Er entsteht durch die höchstpersönliche, rational nur bedingt erfaßbare Tätigkeit des Künstlers. Kunst ist also an individuelle Leistungen gebunden, die sich nicht erzwingen und nur schwer steuern lassen. Entsprechende Versuche totalitärer Systeme haben dafür den Beweis erbracht: sie sind fehlgeschlagen, indem entweder die Künstler ihnen widerstanden haben oder aber, gezwungen, ihre Arbeit einzustellen, Platz nur für solche gelassen haben, in deren Händen die Kunst armselig verkümmerte⁹⁾. Die stärkste Einflußmöglichkeit der Staatsgewalt auf die Kunst ist, wie solche Erfahrungen zeigen, negativer Art: der Staat kann die Kunst hemmen.

Die Neuzeit fordert daher zunächst die Freiheit der Kunst - für

9) Die "Kunstpolitik" des Dritten Reichs zeigt das deutlich.

den Künstler, der, ihrer Überzeugung zufolge¹⁰⁾, der Freiheit für seine Tätigkeit in weitgehendem Maß bedarf. Dem entsprechend haben die Weimarer Verfassung und das Grundgesetz der Kunst das weitestgehende Maß an Freiheit gewährt, indem sie sie jedenfalls dem Wortlaut nach nicht an die Schranken des einfachen Gesetzes gebunden und keinem Vorbehalt unterworfen haben.

Die Beziehungen des Staates zur Kunst sind primär davon bestimmt. Man könnte dadurch versucht sein anzunehmen, die Staatsgewalt habe sich um die Kunst kurzweg überhaupt nicht zu kümmern. Doch wäre dies ein Trugschluß. Man braucht zum Nachweis nicht auf die staatliche Kunstförderung zu verweisen; schon die Freiheitsgarantie der Verfassung verhindert solche Abstinenz. Denn die der Kunst gewährte Freiheit kann nur Bedeutung erlangen, wenn das Subjekt dieser Freiheit in jedem Konfliktfall bestimmt wird. Das heißt nichts anderes, als daß der Staatsgewalt eine Entscheidung darüber abverlangt wird, was Kunst im Sinne der Verfassung ist. Wollte man sich ihr entziehen, indem alles als Kunst anerkannt würde, was sich als solche versteht oder zu verstehen vorgibt, so liegt auf der Hand, daß dann das Maß an Freiheit für die Kunst über kurz oder lang beschränkt werden würde, weil ein so uferloses Grundrecht den Anforderungen der Praxis nicht standzuhalten vermöchte¹¹⁾.

Der Zwang zur Entscheidung, welche Leistung zum Bereich der Kunst gehört, ergibt sich erst recht, wenn der Staat sich der Kunstförderung zuwendet und daher über das Förderungswürdige befinden muß. Symptomatisch für die innere Problematik der Kulturpolitik, stellt sich hier die Frage, ob und wie der Staat in der Lage ist, die Grenzen eines eigenständigen Lebensbereiches abzustecken und zu entscheiden, wem er Freiheit zu gewähren hat, Schutz und Förderung verleihen will.

10) Hauser, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur I, S. 28, 329 und passim, hat dargelegt, daß auch dies eine erst allmählich gewachsene Überzeugung ist.

11) Dieses Argument verwendet auch v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA 15, S. 43.

II. Grenzen staatlicher Kunstförderung

Damit ist die Grundfrage dieser Untersuchung bezeichnet. Der Versuch einer Lösung für das spezielle Gebiet staatlicher Kunstförderung geht von folgenden Überlegungen aus:

Die mäzenatische Betätigung des Staates ist in der Bundesrepublik eine geschichtlich gewachsene Gegebenheit, die grundsätzlich für unzulässig zu halten und hinwegzupostulieren unreal wäre, nicht zuletzt deshalb, weil man sie mit guten Gründen für - wenigstens teilweise - erforderlich halten kann. Es ist aber zu zeigen, daß auch hier die Staatsgewalt rechtlich geordnet ist und daß ihre Stellung nicht der des privaten Mäzens entspricht.

Muß der Staat, was näher darzulegen ist, die Kunst als einen eigenständigen Bereich respektieren, so ist staatliche Kunstförderung durch eine wesensmäßige Antinomie gekennzeichnet: Jede einzelne staatliche Maßnahme, sei sie positiver oder negativer Art, bedeutet einen Eingriff in diesen eigenständigen Lebensbereich. Im Prinzip läßt sich dieser Widerspruch wohl kaum auflösen. Daher kommt es darauf an, das staatliche Handeln an Regeln zu binden, welche das Ausmaß des einzelnen Eingriffs möglichst gering halten. Der durch das Grundgesetz und die Länderkonstitutionen verfaßte Staat, Bund und Länder, darf keine Kunstpolitik treiben.

Allerdings wäre es Selbstbetrug zu glauben, das Ergebnis ginge am Ende glatt auf. Von seltenen Ausnahmesituationen abgesehen, die möglicherweise auch eine gewisse historische Verklärung erfahren haben, war der Gegensatz zwischen Staatsgewalt und den ihrer Zeit vorausseilenden Künstlern stets existent¹²⁾. Der Staat kann bei seinen kulturellen Entscheidungen wahrscheinlich gar nicht anders, als von den in der Gesellschaft herrschenden Anschauungen auszugehen¹³⁾. Zu ihnen aber setzen sich die Künstler immer von neuem in Widerspruch. Das führt mit einer augenscheinlichen Zwangsläufigkeit zu spektakulären Konflikten auf dem Gebiet des Strafrechts oder der Jugendschutzbestimmungen und schließt zugleich den Wagemut einzelner privater Mäzene in der staatlichen Kunstförderung aus.

12) Vgl. dazu Roh, Der verkannte Künstler; Houben, Verbotene Literatur von der klassischen Zeit bis zur Gegenwart.

13) So auch Bauer, Staat und Sexus, in: Jugendgefährdend? littera Band 3, S. 12 f.

Man schmälert nicht das Verdienst privater Organisationen der Kunstpflege, wenn man bezweifelt, ob die organisierte Förderung schlechthin die Rolle des Maecenas wirklich übernehmen kann. Wo aufgrund von Mehrheitsbeschlüssen oder auch nur von Entscheidungen, die einer Vielzahl von Personen gegenüber verantwortet werden müssen, die Auswahl der zu fördernden künstlerischen Bemühungen getroffen wird, besteht die Gefahr, daß sie sich auf eine Mittellage allseitigen Einverständnisses einpendelt, daß Kunst und Konvention in Einklang gebracht werden sollen¹⁴⁾.

Für das Verhältnis des Staates zur Kunst gilt dies im besonderen, und zwar sowohl bei repressiven als auch bei fördernden Maßnahmen. Die Geschichte der Kunstpolizei, wie sie die Verwaltungslehre des 19. Jahrhunderts behandelt¹⁵⁾, und der Zensur, auch der heutigen, macht es deutlich, daß hier Konventionen verteidigt werden, deren Verbindlichkeit tabuiert wird. Den Bemühungen der Zensoren hat die Verfassung durch das Grundrecht der Kunstfreiheit einen Riegel vorgeschoben. Versuchen, durch die Hintertür einzudringen, hat eine im ganzen verdienstvolle neuere Rechtsprechung der oberen Gerichte weitgehend Einhalt geboten. Das Grundgesetz wäre jedoch nicht erfüllt, wenn nun an Stelle der Polizei der Kunstreferent oder die Kunstkommission bei der Vergabe staatlicher Mittel zensurelle Gesichtspunkte berücksichtigen würde. Auch insoweit hat das Grundrecht Bedeutung.

Es auferlegt dem Staat zunächst einmal Zurückhaltung in Sachen Kunst, die schon bei der Frage einzusetzen hat, was überhaupt dazu gehört, bei der wohl immer schwierigsten Frage im Verhältnis von Staat und Kunst. Das Verlangen nach Zurückhaltung zielt aber nicht auf die völlige Enthaltung der Staatsgewalt; es bedeutet auch nicht die totale Freistellung der Kunst von allen Pflichten gegenüber dem staatlichen Gemeinwesen. An der Wechselbeziehung zwischen Staat und Kultur¹⁶⁾ nimmt auch die Kunst teil. Die Exi-

14) Vgl. Eduard v. Mayer, Fürsten und Künstler, S. 86; Pinder, Von den Künstlern und der Kunst, S. 79; Adorno, Kultur und Verwaltung, Merkur 14. Jahrgang, S. 119; Schütz, Der Staat als Mäzen, in: Staat und Kunst, S. 16.

15) v. Mohl, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Band, S. 6 ff. und 677 ff.; Rettig, Die Polizeygesetzgebung des Großherzogthums Baden, S. 95 f. ("Von den unnützen und betrügerischen Künsten"); Medicus, Artikel: Kulturpolizei, in: Deutsches Staats-Wörterbuch, herausgegeben von J.C. Bluntschli und K. Brater, 6. Band, S. 149 ff.

16) Vgl. dazu E.R. Huber, Zur Problematik des Kulturstaates.

stenz des Künstlers wurzelt in der Gemeinschaft; daraus erwachsen seiner künstlerischen Freiheit, so weitgehend sie auch sein mag, Grenzen.

III. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung bemüht sich, ihren Gegenstand im Fortschritt über fünf Kapitel zu bewältigen. Es gilt zunächst, den Bereich der Kunst für eine rechtliche Betrachtung zu umgrenzen. Sodann ist der Umfang öffentlicher Kunstförderung zu zeigen, der durch einen kurzen geschichtlichen Rückblick ergänzt wird. Die verwaltungsrechtliche Einordnung der verschiedenen Maßnahmen wird im dritten Kapitel unternommen, während im folgenden die Frage der - auf diesem Gebiet durchweg fehlenden - gesetzlichen Ermächtigung behandelt ist. Schließlich werden die wichtigsten Maßnahmen staatlicher Kunstförderung an den gefundenen Kriterien gemessen.

Erstes Kapitel

DIE KUNST ALS BEGRIFF DER RECHTSORDNUNG

I. Soziologische Voraussetzungen der Freiheit der Kunst und ihr Verhältnis zum Staat

Was immer man auch unter "Kultur" verstehen mag, die Kunst steht neben der Wissenschaft im Zentrum des Bereichs, den das Wort "Kultur" umschließt. Kunst und Wissenschaft sind der höchste Ausdruck der schöpferischen geistigen Kraft des Menschen.

Daher gilt, was allgemein für die Kultur gilt, in besonderem Maße für die Kunst (die Wissenschaft ist nicht Gegenstand der Untersuchung). Die Kunst, nicht organisierbar, muß frei sein von ausserkünstlerischen Einflüssen, erlahmt sie im Widerstand gegen sie,

wird sie armselig¹⁾.

Die Chance absoluter Freiheit²⁾ ist der Kunst vor allem gegeben, weil sie weitgehend unabhängig ist von materiellen Voraussetzungen³⁾. Das stärkt ihren Willen zu eigenverantwortlichem Handeln und erschwert alle Versuche, Kunst zu lenken⁴⁾. Allerdings darf man diese Tatsache nicht überbewerten. Kunst setzt den Künstler⁵⁾ voraus, und dieser muß leben, muß sich ausbilden und entwickeln können. Dabei liegt der materielle Status der Künstler heute⁶⁾, von Ausnahmen abgesehen, unter dem allgemeinen Durchschnitt⁷⁾,

-
- 1) Der Hinweis auf die Verhältnisse in Deutschland unter der Herrschaft des Nationalsozialismus - vgl. dazu Hildegard Brenner, Die Kunstpolitik des Nationalsozialismus; Rave, Kunstdiktatur im Dritten Reich; Roh, "Entartete" Kunst - und in der Sowjetunion zur Zeit Stalins - vgl. dazu Jelagin, Kunst und Künstler im Sowjetstaat - mag zunächst genügen. Vgl. im übrigen auch Beling, Kunstfreiheit und Rechtsbann, Festschrift Heinrich Wölfflin, S. 24; Kitzinger, Artikel 142, Satz 1, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Band, S. 461 f.; Haftmann, Moderne Kunst und ihre "politische Idee", Jahresring 1957/58, S. 69 f.
 - 2) Vgl. Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 11.
 - 3) Das läßt sich auch im Blick auf die Wissenschaft, jedenfalls die moderne Wissenschaft, sagen, die nicht nur in den naturwissenschaftlichen und technischen Fächern einen unvergleichlich größeren Bedarf an sachlichen und personellen Mitteln hat.
 - 4) Vgl. dazu Beling, a.a.O. (1), S. 21 f.
 - 5) Vgl. Ridder, a.a.O. (2), S. 21: "Kunst hängt am Künstler, der heute wie früher nach Brot geht".
 - 6) Bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts waren die Verhältnisse im großen und ganzen wohl günstiger, wie Watson, Kunst, Künstler und soziale Kontrolle, S. 27 ff., am Beispiel der englischen Malerei gezeigt hat.
 - 7) Vgl. etwa das bei Watson, a.a.O. (6), S. 53, angegebene Zahlenmaterial über das Einkommen amerikanischer Nachwuchskünstler. - Über die wirtschaftliche Lage der selbständigen Künstler gibt die Untersuchung von Halbach, Die Alters- und Hinterbliebenensicherung der selbständigen Künstler, S. 1 ff., einige Aufschlüsse. Anhand der Umsatzsteuerstatistik ermittelt er für das Jahr 1958 bei zwei Dritteln der selbständigen Künstler ein monatliches Einkommen von ca. DM 300.-- (dieser Betrag enthält bereits einen Zuschlag für die nicht angegebenen Einnahmen). Vgl. auch die - allerdings dürftigen - Angaben im Bericht der Bundesregierung über die Lage der Mittelschichten vom 13. Juli 1960 (BT 3. Wahlper. Drucks. 2012, S. 129). Vgl. ferner Marta Mierendorff, Die Situation der bildenden Künstler in West-Berlin, Kulturarbeit 1957, S. 65 ff.; Hennig, Wir brauchen eine "Freie Deutsche Kulturstiftung", Kulturarbeit 1951, S. 233 f.

und auch der Künstler leidet unter beengenden Verhältnissen⁸⁾. Hier finden sich unzweifelhaft Ansatzpunkte für Versuche, das künstlerische Schaffen von außen zu beeinflussen⁹⁾.

Trotzdem bleibt zu beachten, daß künstlerische Existenz sich notfalls außergewöhnlich widerstandsfähig zeigen kann gegen die Bedrohung ihrer Freiheit. Dieser Umstand zwingt totalitäre Systeme regelmäßig, die Freiheit der Kunst an ihrer Wurzel anzugreifen, da versteckte Lenkungsversuche meist nur Teilerfolge erbringen¹⁰⁾. Arbeitsverbot oder Ausstellungsverbot etwa, wie sie im Dritten Reich gegen einzelne Künstler verhängt wurden, sind radikale Eingriffe, die sich nicht vertuschen und verharmlosen lassen, vor allem auch nicht gegenüber dem Ausland, und die daher in der Regel politisch das "letzte Mittel" sind.

Die Sonderstellung, welche wir der Kunst innerhalb der Kultur zuweisen, erscheint unter einem weiteren Gesichtspunkt angemessen. Die Kunst macht in hervorragendem Maße eine kulturelle Situation deutlich¹¹⁾. Als besondere Ausdrucksform des Menschen¹²⁾ ist sie gewissermaßen Repräsentant der geschichtlich bestimmten Kultur¹³⁾. Deren Strömungen, auch die noch verborgenen¹⁴⁾, offenbart sie, da

- 8) Vgl. Thorn, Künstler über Kunst, der eindeutige Äußerungen bildender Künstler mitteilt, etwa von Auguste Rodin (S. 287), Ludwig Richter (S. 289) oder Paul Gauguin (S. 17): "Wir Maler, die zu Not und Elend verdammt sind, nehmen die Widerwärtigkeiten des materiellen Lebens auf uns, ohne uns zu beklagen, aber wir leiden darunter, weil sie uns an der Arbeit hindern". Vgl. auch Marta Mierendorff, a.a.O. (7), bes. S. 65 und 69 f.
- 9) Das hat auch Beiling, a.a.O. (1), erkannt, der im übrigen aber von einer wohl zu optimistischen Beurteilung der Autonomie der Kunst ausgeht.
- 10) Vgl. zur Kunstpolitik des Dritten Reiches: Gesetz über die Einziehung von Erzeugnissen entarteter Kunst v. 31.5.1938 (RGBl. I, S. 612); das Arbeitsverbot für Schmidt-Rottluff vom 3.4.1941 (abgedruckt bei Hildegard Brenner, a.a.O. (1), S. 206); über die Bücheraktion "Schwarze Listen" vgl. bei Hildegard Brenner, a.a.O., S. 43 ff. und 187.
- 11) Vgl. Sattler, Die heutige Lage des deutschen Theaters, Kulturarbeit 1949, S. 49 ff.
- 12) Vgl. Kahler, Das Kunstwerk und die Geschichte, Merkur 8. Jahrgang, S. 918.
- 13) Vgl. auch Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 388; Taine, Philosophie der Kunst, S. 83; Eduard v. Mayer, Fürsten und Künstler, S. 103.
- 14) Vgl. dazu Scheuner, Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, S. 253: "Schon Jahre vor 1914 geht durch das Reich des Geistes und der Kunst ein feines Beben, ein unruhevolles Ahnen der kommenden Wende".

sie eindringt in den Untergrund der Kultur¹⁵⁾.

Kunst zeigt aber nicht nur an, als "Urphänomen der menschlichen Gesellschaft"¹⁶⁾ und "Teil unserer sozialen Wirklichkeit"¹⁷⁾ beeinflußt sie zugleich die Gesellschaft und mit ihr den Staat¹⁸⁾. Nicht allein in einem oberflächlichen Sinne der nur auf Äußeres bezogenen Wirksamkeit, etwa als Mittel für public relation¹⁹⁾, zur Erziehung oder Volksbildung²⁰⁾. Die Kunst beeinflußt darüber hinaus, für eine subtilere Betrachtung, die Verfassung des Staates dadurch, daß sie eine latente geistige Situation ins allgemeine Bewußtsein zu heben vermag und damit neue Antriebskräfte und Widerstände erst hervorrufen kann²¹⁾. Daher hat Theodor Heuss²²⁾ mit Recht angemerkt, daß auch die Kunst breite politische Wirkung haben kann.

Hierin ist der Grund zu sehen, daß die Staatsgewalt niemals der Kunst völlig gleichgültig gegenüberstehen konnte²³⁾.

-
- 15) Vgl. dazu Sedlmayr, Verlust der Mitte, S. 8, 134 und 256, dem wir allerdings in der Bewertung der künstlerischen Moderne nicht folgen.
- 16) Erwin Stein, Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster vom 18.11.1958, JZ 1959, S. 721.
- 17) Watson, Kunst, Künstler und soziale Kontrolle, S. 12. Vgl. auch Roesler, Das sociale Verwaltungsrecht, 2. Band, S. 224 f.
- 18) Vgl. Beling, Kunstfreiheit und Rechtsbann, S. 22.
- 19) Wozu auch eine völlig freie Kunst dienen kann, da sie sich sehr wohl als "kulturelle Visitenkarte" im Ausland ansehen läßt (so für den Film der Abgeordnete Dr. Vogel in der Bundestagsdebatte über Hilfsmaßnahmen für die deutsche Filmproduktion am 31.3.1950, BT 1. Wahlper., StenProt. S. 2115 D f.).
- 20) Vgl. etwa C.H. Becker, Die preußische Kunstpolitik und der Fall Schillings, in: Kulturverwaltung der zwanziger Jahre, S. 129: "... die Kunst wird als eines der höchsten und bedeutungsvollsten Elemente zur Begründung einer echten Volksbildung". Zur kirchlichen Kunst des Mittelalters vgl. Hauser, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur I, S. 133.
- 21) Vgl. dazu Sedlmayr, a.a.O. (15), S. 8 und 256; Baumeister, Das Unbekannte in der Kunst, S. 82, 159 und 183; Haftmann, Moderne Kunst und ihre "politische Idee", Jahresring 1957/58, S. 70 f.; Kitzinger, Artikel 142, Satz 1, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Band, S. 462 f.; Horst, Der Auftrag der Kunst, in: Schicksalsfragen der Gegenwart, Band 5, S. 135, der hierin allerdings eine für die Kunst bedenkliche Erscheinung erblickt; Guyau, Die Kunst als soziologisches Phänomen, S. 80 ff. (82), jedoch nur für die Wirkung des Genies. Roh, Der verkannte Künstler, S. 332, warnt in diesem Zusammenhang vor einer allzu simplifizierten Betrachtung.
- 22) Kräfte und Grenzen einer Kulturpolitik, S. 11.
- 23) Vgl. dazu unten S. 79 ff.

II. Versuch einer Definition der Kunst als Rechtsbegriff

Die lapidare Sprache der Länderverfassungen²⁴⁾, das Land fördere die Kunst, erweckt den Anschein, als sei das Objekt der staatlichen Pflege mit geschliffener Prägnanz bezeichnet. Ebenso das Grundgesetz in Art. 5 Abs. 3: Die Kunst ist frei. Dieser Anschein trügt. Weder ist ausgemacht, ob in beiden Fällen dieselbe Sache bezeichnet sei, noch ist auch nur mit einer der beiden Formulierungen ein bestimmter Bereich rechtlich klar umgrenzt. Während es hinsichtlich der Freiheitsgarantie an Versuchen dazu nicht fehlt, sind Bemühungen um eine begriffliche Klärung der Förderungsverprechen in den Konstitutionen der Länder überhaupt nicht ersichtlich²⁵⁾.

Die unklare Begrenzung dieses vom Staat zu fördernden Bereichs, die wir als Tatbestand vorfinden, mag für die Praxis so unbequem gar nicht sein und wird sich im Normalfall wohl auch nicht schädlich auswirken. Indessen ist eine bequeme Praxis nicht notwendig richtig und zudem gegen außergewöhnliche Fälle nicht gefeit. Für eine Untersuchung der rechtlichen Probleme staatlicher Förderung der Kunst kann es daher sein Bewenden bei solcher Unklarheit nicht haben²⁶⁾. Nur wenn der zu fördernde Bereich, die Kunst, klar umrissen ist, gewinnen die genannten Verfassungsbestimmungen ihren Wert, sonst bleiben sie "wertlos, hohler Schall oder Zankapfel"²⁷⁾.

24) Bayern: Art. 140; Bremen: Art. 11 Abs. 2; Nordrhein-Westfalen: Art. 18 Abs. 1; Rheinland-Pfalz: Art. 40 Abs. 1 und 2; Saarland: Art. 34 Abs. 1; Schleswig-Holstein: Art. 7 Abs. 1 Landdessatzung.

25) Dies gilt auch für die entsprechende Bestimmung der Weimarer Verfassung; vgl. dazu etwa Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 142 Anm. 6; Poetzsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung, Art. 142 Anm. 4. Vgl. ferner Nawiasky-Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 140 Erl.; Maunz, Kulturverwaltungsrecht, in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 474 ff. (484 f.). Auch Beling, a.a.O. (18), S. 19 ff., hat sich mit dem Begriff der Kunst nur im Hinblick auf die Freiheitsgarantie auseinandergesetzt, obwohl er in seinem Beitrag zunächst allgemein das Verhältnis von Kunst und Staat angeht.

26) Vgl. Beling, a.a.O. (18), S. 23: "Irgendeine bestimmte Definition muß maßgeblich ... sein..., sonst würde das Rechtsleben mit geheimnisvollen Andeutungen abgespeist...".

27) Beling, a.a.O. (18), S. 24.

Dabei kann es allerdings allein um eine Klärung des rechtlichen Begriffes der Kunst gehen. Mehr kann eine juristische Untersuchung nicht leisten.

1. Bisherige Lösungen in der Literatur und Rechtsprechung

Das Wesen "der Kunst" zu erfassen, ist Anliegen zahlreicher philosophischer Bemühungen seit Platon und Aristoteles. Zu wählen zwischen den so entstandenen Begriffsbestimmungen, hat der Jurist gewöhnlich nicht als seines Amtes angesehen²⁸⁾. Er hat entweder auf jede nähere Definition verzichtet²⁹⁾, eine lexikalische Definition übernommen³⁰⁾ oder aber Kunst als "jede künstlerische Leistung" verstanden³¹⁾, was wiederum den Verzicht auf eine Erfassung ihres Wesens bedeutet. Obwohl in jüngster Zeit verschiedene Untersuchungen sich mit der Bedeutung des Grundrechts der Kunstfreiheit beschäftigen, ist doch auch aus ihnen keine Begriffsbestimmung zu gewinnen, weil sie letztlich vor der metajuristischen Problematik kapitulieren³²⁾.

28) Vgl. Kitzinger, a.a.O. (21), S. 457 und 508; Ridder, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 9; vgl. aber auch Roesler, Das sociale Verwaltungsrecht, 2. Band, S. 223, der seine Darstellung des Berufsrechts des Künstlers mit einer präzisen Definition der Kunst, anknüpfend an die Lehren der zeitgenössischen Ästhetik, beginnt.

29) Vgl. Anschütz, a.a.O. (25), Wernicke im Bonner Kommentar, Art. 5 Anm., insbes. II 3; Nebinger, Kommentar zur Verfassung für Württemberg-Baden, Art. 12 Anm. 2; E. Ch. Drescher, Höheres Interesse der Kunst im Sinne der Gewerbeordnung und der Nebengesetze, Annalen des Deutschen Reichs 1931, S. 326.

30) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. X 3 - S. 254; Hamann, Das Grundgesetz, Art. 5 Anm. 13.

31) Vgl. Kitzinger, a.a.O. (21), S. 457 und 508.

32) Vgl. Roepertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, bes. S. 97 ff. (102); Roellenbleg, Die Rechtsstellung der Filmbewertungsstelle, S. 138 ff.; Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 112 ff. (114); v. Hartlieb, Die rechtliche, insbesondere die verfassungsrechtliche Seite der Selbstkontrolle, in: Selbstkontrolle von Presse, Funk und Film, S. 10 ff. (13). Leiss, Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafwürdigkeit einer Handlung, NJW 1962, S. 2323 ff., hat allerdings den Versuch einer Erläuterung dessen, was künstlerische Gestaltung bedeutet, unternommen. Sein Versuch ist jedoch nicht gelungen. Vgl. dazu die Kritik von Ott, Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst, NJW 1963, S. 617 ff.

Auch wenn man den verfassungsrechtlichen Begriff der Kunst als wertfrei ansieht³³⁾, also jede künstlerische Leistung ohne Rücksicht auf ihren Wert darunter begreift, ist man nicht der Notwendigkeit enthoben, nach dem Begriff Kunst zu forschen. Denn der wertfreie Kunstbegriff soll "alle Kunstleistungen einer Zeit, künstlerische wie kitschige"³⁴⁾ umfassen oder, nach einer modifizierten, doch gleichfalls wertfreien Definition, alle Werke, die darauf schließen lassen, daß ein "künstlerischer Gestaltungswille" den Gegenstand des Werkes in eine eigenwertige Form gebracht hat, und zwar ohne Rücksicht auf den künstlerischen Rang dieses Schaffensprozesses³⁵⁾. Hier wird Kunst mit "künstlerische Leistung", "Kunstleistung" oder als Erzeugnis eines "künstlerischen Gestaltungswillens" umschrieben, also nur eine Scheinlösung angeboten.

2. Versuch einer eigenen Begriffsbestimmung

Unter "Kunst" verstehen wir zweierlei: zum einen den Prozeß, das künstlerische Schaffen, zum anderen das Produkt dieses Prozesses, das Kunstwerk³⁶⁾. Da das Kunstwerk jedoch die künstlerische Betätigung voraussetzt, ist in ihr der Wesenskern des Wortes "Kunst" zu erblicken³⁷⁾. Deshalb wird im folgenden das Wort "Kunstwerk" verwendet, wenn die zweitgenannte Bedeutung des Wortes "Kunst" gemeint ist.

33) Typisch: BVerwG, Urt.v.21.12.1954, BVerwGE 1, 303 (305).

34) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 286.

35) Vgl. Schilling, Literarischer Jugendschutz, S. 23; ferner die Entscheidung der - von Schilling geleiteten - Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften, die Gegenstand der Entscheidung des OVG Münster vom 18.11.1958, OVG 14, 185 war (wiedergegeben in UFITA Band 27 (1959), S. 235 ff.). Ähnlich: Beling, Kunstfreiheit und Rechtsbahn, S. 24; Ropertz, a.a.O. (32), der auf die "Affinität zur künstlerischen Idee" abstellen will.

36) Vgl. Schilling, a.a.O. (35) S. 22.

37) Vgl. "Kunst" im Großen Brockhaus, S. 706. So auch: Grassi, Kunst und Mythos, etwa S. 11, 13, 123; Malraux, Psychologie der Kunst, z.B. Band I, S. 80 und 114, Band II, S. 79. Ferner: Schilling, a.a.O. (35), S. 22; v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. X 2b - S. 253; E. Ch. Drescher, Höheres Interesse der Kunst im Sinne der Gewerbeordnung und der Nebengesetze, Annalen des Deutschen Reichs 1931, S. 325.

a) Kunst ist Äußerung

Entgegen der Meinung des OVG Münster³⁸⁾, der sich Hamann³⁹⁾ angeschlossen hat, leitet sich das Wort "Kunst" nicht von "künden" ab, sondern entsprechend verbreiteter Auffassung von "können"⁴⁰⁾. Der etymologische Befund liefert indessen kaum Anhaltspunkte für eine Begriffsbestimmung dessen, was "Kunst" heute bedeutet. Denn Kunst kann nicht mehr als ein besonders gutes Können verstanden werden⁴¹⁾, wenngleich das Wort einmal die Bedeutung von Kunstfertigkeit gehabt hat. Kunst wird als eine Ausdrucksform des Menschen verstanden⁴²⁾, sie ist zunächst einmal Verkündung⁴³⁾. Kunst macht etwas anschaulich⁴⁴⁾, sie offenbart⁴⁵⁾.

Es erscheint wichtig, darauf hinzuweisen, daß Kunst zuvörderst Äußerung ist⁴⁶⁾ und nicht nur Gestaltung, wie teilweise angenommen

38) B. v. 18.11.1958, OVGE 14, 185.

39) Anmerkung zu der genannten Entscheidung des OVG Münster, NJW 1959, S. 1890 f.

40) Vgl. die von Ule, Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster vom 18.11.1958, NJW 1960, S. 261, mitgeteilte Auskunft der Gesellschaft für deutsche Sprache e.V.

41) Unrichtig daher Hamann, Das Grundgesetz, Art. 5 Anm. 13, und, ihm folgend, OLG Hamburg, Urt. v. 26.11.1963, NJW 1964, S. 559 (561): zur Kunst gehöre "jedes zur Meisterschaft entwickelte Können". Die Berufung auf v. Mangoldt-Klein beruht offenbar auf einem Mißverständnis, da dort die von Hamann übernommene Erklärung nur etymologisch gemeint sein kann. Denn Art. 5 Abs. 3 GG schützt wohl kaum die dort erwähnte Kochkunst. Richtig: Roesler, Das sociale Verwaltungsrecht, 2. Band, S. 231. Wie hier: E. Charlotte Drescher, a.a.O. (37) S. 330

42) Vgl. Kahler, Das Kunstwerk und die Geschichte, Merkur 8. Jahrgang, S. 918; Hensel, Art. 150 der Weimarer Verfassung und seine Auswirkung im preußischen Recht, AöR 53, S. 329; Ziegenfuß, Artikel: Kunst, Handwörterbuch der Soziologie, S. 310; Erwin Stein, Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster vom 18.11.1958, JZ 1959, S. 722. Watson, Kunst, Künstler und soziale Kontrolle, S. 16, bezeichnet die Malerei als "Kommunikationssystem"; das trifft für die Kunst schlechthin zu, für welche die Malerei hier nur als Beispiel steht.

43) So: OVG Münster, B. v. 18.11.1958, OVGE 14, 185 = UFITA Band 27, S. 235 (248).

44) Vgl. Grassi, Kunst und Mythos, S. 117.

45) Vgl. Taine, Philosophie der Kunst, S. 38; Sedlmayr, Verlust der Mitte, S. 151.

46) Wie hier: Roepertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 103 f.; Roellenbleg, Die Rechtsstellung der Filmbewertungsstelle, S. 140; E. Charlotte Drescher, a.a.O. (37), S. 327.

wird⁴⁷⁾. Dies ist, wie sich zeigen wird, deswegen zu eng, weil dadurch die Gefahr beschworen wird, künstlerische Tätigkeit auf das Schaffen zu beschränken und das Äußern davon fein säuberlich zu trennen⁴⁸⁾. So wesentlich diese Tatsache auch ist, das Wesen der Kunst ist damit noch keineswegs erfaßt. Hierfür müssen wir fragen, was ausgedrückt wird und ob es eine spezielle künstlerische Form des Ausdrucks gibt⁴⁹⁾.

b) Gegenstand der Äußerung

Man hat die Frage nach dem, was ausgedrückt wird, nicht etwa schon beantwortet, wenn man die Kunst als "Gestaltung eines geistig-seelischen Gehaltes" erklären will⁵⁰⁾. Damit ist erst ein Rahmen gegeben, den eine wirkliche Definition noch auszufüllen hätte⁵¹⁾. Unvollkommen bleibt insoweit eine Erläuterung der Kunst als "besondere Form der Verkündung einer Wahrheit"⁵²⁾ oder als "Offenbarung einer inneren Wirklichkeit"⁵³⁾. Hier wird das Objekt der künstlerischen Verkündung nur mit einem wiederum recht verschleierte Ausdruck bezeichnet; offen bleibt, was dieser "geistig-seelische Gehalt", die "Wahrheit" oder "innere Wirklichkeit" sein soll.

In einer auf Aristoteles zurückgehenden Untersuchung hat Ernesto Grassi Kunst definiert als "Darstellung (mimesis), sofern sie die Wirklichkeit im Hinblick auf ihre mögliche menschliche Bedeutung offenbart"⁵⁴⁾. Danach ist Gegenstand der künstlerischen Aussage

47) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. X 3 - S. 254; OVG Münster, a.a.O. (43).

48) Vgl. dazu unten S. 44 ff.

49) Vgl. Schilling, Über den sogenannten "Kunstvorbehalt" im Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, S. 2: "Idee und Form, Gehalt und Gestaltung sind die wesentlichen Merkmale des Kunstcharakters eines Werkes".

50) So aber: OVG Münster, a.a.O. (43); LG Hamburg, Urt. v. 31.7.1962, NJW 1963, S. 675; Hamann, Das Grundgesetz, Art. 5, Anm. 13; v. Mangoldt-Klein, a.a.O. (47).

51) Sehr deutlich insoweit Schilling, a.a.O. (49), der von diesem durch die Rechtsprechung gesetzten Rahmen ausgeht, sich aber gerade um dessen Ausfüllung bemüht.

52) OVG Münster, B. v. 18.11.1958, UFITA Band 27, S. 235 (248).

53) Horst, Der Auftrag der Kunst, S. 137; ähnlich auch Taine, a.a.O. (45), S. 28 und 31.

54) Kunst und Mythos, S. 123.

die auf den Menschen bezogene Wirklichkeit⁵⁵⁾, eine Analyse und Interpretation der menschlichen Möglichkeiten⁵⁶⁾. Kunst ist schöpferisch⁵⁷⁾, indem sie hinter der äußeren Wirklichkeit, die sich nicht einfach abbildet⁵⁸⁾, das Mögliche sichtbar macht, etwas noch nicht allgemein Erkanntes zeigt⁵⁹⁾. Sie ist nicht Wiedergabe der Natur, sondern eine vom Menschen vollzogene Nachschöpfung der Natur⁶⁰⁾.

Eine Interpretation der Kunst als Darstellung der Wirklichkeit muß fast zwangsläufig auf den Einwand der modernen gegenstandslosen Malerei oder der modernen Lyrik stoßen. Der Einwand kann indessen die Richtigkeit dieser Definition nicht in Frage stellen. Da es in der Kunst nicht um Abbildung sinnlich wahrnehmbarer Gegenstände geht, kann sie auch, unabhängig von Objekten, mittels freier Form, Farbe, Töne und Laute usw., die Wirklichkeit von Empfindungen, Beziehungen darstellen. Gerade darum geht es der modernen sog. abstrakten Kunst⁶¹⁾. Daß die Kunst des 20. Jahrhunderts ein Ausdruck unseres Zeitalters ist, indem sie den "Ver-

-
- 55) Vgl. Guyau, Die Kunst als soziologisches Phänomen, S. 52. Vgl. auch Taine, a.a.O. (45), S. 84, der die Bezogenheit auf den Menschen jedoch nur darin sieht, daß die Kunst entweder ihn darstelle oder ihm gefallen wolle.
- 56) Vgl. Hauser, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur I, S. 356; Bauer, Staat und Sexus, in: Jugendgefährdend? littera Band 3, S. 12; Halder, Artikel: Kunst, Staatslexikon, Sp. 192; Malraux, Psychologie der Kunst, Band II, S. 79 f.; Pinder, Von den Künstlern und der Kunst, S. 19 und 62; ferner Sedlmayr, Verlust der Mitte, S. 155 und passim, dessen polemische Grundthese das notwendig voraussetzt.
- 57) Vgl. zum Begriff des Schöpferischen Ziegenfuß, Artikel: Kunst, Handwörterbuch der Soziologie, S. 326.
- 58) Vgl. Grassi, Kunst und Mythos, S. 123; Guyau, a.a.O. (55), S. 123 ff.; Malraux, a.a.O. (56), S. 61, 67 und 79; Taine, Philosophie der Kunst, S. 24 ff.
- 59) Vgl. Kahler, Das Kunstwerk und die Geschichte, Merkur 8. Jahrgang, S. 918.
- 60) Vgl. Grassi, a.a.O. (58), S. 13 und 72 f.; Guyau, a.a.O. (55), S. 55 f. und 107; Hauser, a.a.O. (56), S. 79; Malraux, a.a.O. (56), S. 62 f.; Pinder, a.a.O. (56), S. 19 und 62.
- 61) Wie schließen uns hier im wesentlichen Grassi, Kunst und Mythos, bes. S. 129 ff., an. Vgl. auch Malraux, Psychologie der Kunst, Band I, S. 51; Schmalenbach, Malerei um die Jahrhundertmitte, in: Staat und Kunst, S. 48 f.; ferner die bei Thorn, Künstler über Kunst, S. 45 ff., mitgeteilten Äußerungen moderner Maler, z.B. von Klee (S. 47), Franz Marc (S. 51), Willi Baumcister (S. 52) und Picasso (S. 53).

lust der Mitte"⁶²⁾, die Auflösung der Gemeinschaft und die Isolierung des Einzelnen widerspiegelt, ist vor allem von der Kunstsoziologie erkannt worden⁶³⁾. Auch deshalb erscheint es berechtigt, von einer Darstellung der inneren Wirklichkeit zu sprechen⁶⁴⁾.

c) Form der Äußerung

Nach der von v. Mangoldt-Klein⁶⁵⁾ dem Großen Brockhaus⁶⁶⁾ entnommenen Formel, die sich die Rechtsprechung seit der Entscheidung des OVG Münster vom 18. November 1958⁶⁷⁾ zu eigen gemacht hat⁶⁸⁾, ist Kunst "Gestaltung eines seelisch-geistigen Gehaltes durch eine eigenwertige Form nach bestimmten Gesetzen"^{69,70)}. Stein hat in einer Anmerkung zu dem genannten Urteil des OVG Münster Kritik an dieser Definition geäußert⁷¹⁾ und dabei den Hinweis auf "bestimmte Gesetze" als ungenügend und mißverständlich bezeichnet. Er hält die Frage entgegen, wer diese Gesetze gebe. Dieser Einwand mag der besprochenen Entscheidung und ihrer Begründung gegenüber am Platz sein⁷²⁾, nicht aber gegenüber der Definition selbst. Denn hier sind offenbar die jeder Kunst immanenten Werk-

62) Vgl. Sedlmayr, Verlust der Mitte.

63) Vgl. die sehr prägnante Darstellung von Ziegenfuß, a.a.O. (57), S. 308 ff., bes. S. 334 ff.; ebenso Grassi, a.a.O. (61); Hagelstange, Chancen und Gefahren der modernen Kunst, in: für Kunst und Stadt, S. 27 ff. Nicht überzeugend ist die Einschränkung von Horst, Der Auftrag der Kunst, S. 135, Kunst könne schwerlich als Selbstaussage einer gesellschaftlichen Entwicklung verstanden werden.

64) Vgl. auch Malraux, a.a.O. (61), S. 51; Linfert, Kultur ist keine Sache für sich, in: Staat und Kunst, S. 28. Ablehnend Sedlmayr, a.a.O. (62), S. 217.

65) Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. X 3 - S. 254.

66) Der Große Brockhaus, Band 6, S. 706.

67) OVGE 14, 185 = NJW 1959, S. 1890 = JZ 1959, S. 716 = UFITA Band 27, S. 235.

68) Vgl. OVG Münster, Urt. v. 3.10.1961, RdJ 1962, S. 55 - mit gewissen Vorbehalten gegen diese Definition; LG Hamburg, Urt. v. 31.7.1962, NJW 1963, S. 675.

69) Hervorhebung vom Verf.

70) Vgl. auch Hamann, Das Grundgesetz, Art. 5 Anm. 13; Schilling, Über den sogenannten "Kunstvorbehalt" im Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, S. 2; ders., Literarischer Jugendschutz, S. 23 und 29 ff.

71) JZ 1959, S. 720 ff. (722).

72) Vgl. dazu unten S.47 ff.

gesetze⁷³⁾ gemeint, die nicht gegeben, sondern nur erkannt werden können und die darum auch nie festgelegt sind⁷⁴⁾.

Mit den Worten "eigenwertige Form nach bestimmten Gesetzen" ist indessen die spezifisch künstlerische Form des Ausdrucks nicht genügend erfaßt. Kunst entspringt der Fähigkeit des Menschen, Symbole zu schaffen⁷⁵⁾. Künstlerische Ausdrucksform ist also zunächst die Verwandlung der Wirklichkeit in Symbole⁷⁶⁾. Das kann auf verschiedene Art und Weise erfolgen, so wie wir verschiedene Künste unterscheiden. Jede hat ihre eigenen Gestaltungs- und Stilmittel. Darauf kommt es hier im einzelnen nicht an; auch ist hier die Grenze einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung erreicht. Entscheidend ist die Erkenntnis, daß der Künstler die Wirklichkeit, wie er sie erlebt⁷⁷⁾, in eine Form bringt, nach einer "Idee" gestaltet⁷⁸⁾. Die künstlerische Ausdrucksweise besteht demnach darin, die Wirklichkeit nach einer Idee zu gestalten, "dem Chaos der Eindrücke eine Ordnung aufzuprägen"⁷⁹⁾.

73) Vgl. "Kunst" im Großen Brockhaus, a.a.O. (66): "Die Gestaltungsmittel und die Gesetze ihrer Anwendung sind für jede Kunst verschieden. Doch hat die Ästhetik bestimmte Formelemente wie Proportion, Rhythmus, Harmonie, Schönheit als gemeinsam herausgestellt". Vgl. auch Pinder, Von den Künstlern und der Kunst, S. 45; Mallmann, Das Recht der Kunsthochschulen und die Freiheit der Kunst, in: Festschrift für Jahrreiss, S. 263.

74) Vgl. die bei Thorn, Künstler über Kunst, S. 10, mitgeteilte Bemerkung von Max Liebermann: "... die Kunst ist autonom, sie und kein anderer schreibt ihr die Gesetze vor."

75) Vgl. Watson, Kunst, Künstler und soziale Kontrolle, S. 15.

76) Vgl. Biermann-Ratjen, Film als Kunst, in: Kultur und Staat, S. 197; Leiss, Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafbarkeit einer Handlung, NJW 1962, S. 2325; Malraux, Psychologie der Kunst, Band II, S. 59; Pinder, a.a.O. (73), S. 191; Ziegenfuß, Artikel: Kunst, Handwörterbuch der Soziologie, S. 337.

77) Wir vermeiden hier mit Absicht das Wort "sehen", da wir, Malraux, Psychologie der Kunst, Band I, S. 114, folgend, Kunst nicht als Ausfluß einer Sehweise begreifen.

78) "Idee" wird im Anschluß an Grassi im Sinne des griechischen "eidos" verstanden.

79) Grassi, Kunst und Mythos, S. 115. Vgl. auch Malraux, a.a.O. (77), S. 88; ferner: Hensel, Art. 150 der Weimarer Verfassung und seine Auswirkung im preußischen Recht, AöR 53, S. 329; Horst, Der Auftrag der Kunst, S. 137; Kahler, Das Kunstwerk und die Geschichte, Merkur 8. Jahrgang, S. 918; Linfert, Kultur ist keine Sache für sich, in: Staat und Kunst, S. 40; Roesler, Das soziale Verwaltungsrecht, 2. Band, S. 223.

Damit ist eine Antwort versucht auf die zentrale Frage nach der künstlerischen Form, dem Stil⁸⁰⁾. Die Form ist das wesentliche Element der Kunst⁸¹⁾. Gerade hier muß sich aber der juristische relevante Begriff der Kunst beschränken. Die Geschichte der Kunst zeigt, daß sie Ausdrucks- und Gestaltungsmöglichkeiten ändern⁸²⁾, und das trifft auf die Moderne in besonderem Maße zu⁸³⁾. Daher müssen wir bei der Definition der künstlerischen Gestaltung, d.h. der Form- bzw. Stilmittel, bei einer Umschreibung stehenbleiben⁸⁴⁾. Wir müssen die formalen Gesetze als gegeben hinnehmen und auch den Versuch unterlassen, sie in einer Definition festzulegen. Denn morgen werden andere Gesetze gelten als heute. Wir können nur feststellen, daß die künstlerische Gestaltung eine Ordnung schafft, der eine "Idee" zugrunde liegt. Wie diese Ordnung sei, entzieht sich der Fixierung⁸⁵⁾.

Das Reichsgericht hat das Wesen der künstlerischen Gestaltung darin gesehen, daß die Gegenstände bis zum Grade "durchgeistigt und verklärt" werden, "daß für das natürliche ästhetische Gefühl die sinnliche Empfindung durch die interesselose Freude am Schönen zurückgedrängt wird"⁸⁶⁾. Dieser Begriffsbestimmung hat sich neuer-

80) Nach Malraux, Psychologie der Kunst, Band I und II, bes. Band I, S. 114, ist Kunst das, "wodurch Formen Stil werden".

81) Vgl. Hauser, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur I, S. 79; Roesler, a.a.O. (79); Repertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 98 ff., der zu Recht darauf hinweist, daß ein Bezug zwischen Inhalt und Form besteht. Da aber jeder Stoff künstlerischer Gestaltung zugänglich ist, muß das Entscheidende die Form sein.

82) Vgl. Erwin Stein, Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster vom 18.11.1958, JZ 1959, S. 723; Guyau, Die Kunst als soziologisches Phänomen, S. 112.

83) Vgl. etwa BGH, Urt. v. 23.6.1961, GoldtArch. 1961, S. 240; LG Hamburg, Urt. v. 31.7.1962, NJW 1962, S. 675; Ott, Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst, NJW 1963, S. 617 ff. (bes. 619).

84) Erwin Stein, a.a.O. (82), spricht von einer "strukturell-funktionale(n) Analyse". Dem entspricht die hier vorgeschlagene Definition.

85) Erwin Stein, a.a.O. (82), nennt als Kriterien der Gestaltung "Ehrlichkeit und Angemessenheit im Hinblick auf die künstlerische Absicht". Dem entspricht in unserer Definition das Kriterium, daß die Wirklichkeit nach einer Idee gestaltet werden muß.

86) RG, Urt. v. 6.11.1893, RGSt 24, 365; vgl. auch RG, Urt. v. 13.10.1921, RGSt 56, 175; KG, Urt. v. 27.4.1929, DJZ 1929, Sp. 1553.

dings Leiss⁸⁷⁾ angeschlossen. Daß eine solche ästhetische Orientierung heute nicht mehr richtig ist - unterstellt, sie wäre überhaupt jemals richtig gewesen⁸⁸⁾ -, kann man kaum in Zweifel ziehen⁸⁹⁾. Sie würde große Teile des zeitgenössischen Kunstschaffens, aber auch zahlreiche anerkannte Kunstleistungen früherer Jahrhunderte⁹⁰⁾ aus dem Bereich der Kunst ausklammern. Daher ist die neuere Rechtsprechung zu Recht von der Definition des Reichsgerichts abgewichen⁹¹⁾, und der Versuch, sie neu zu beleben, ist ebenso zu Recht kritisiert worden⁹²⁾.

d) Zusammenfassung

Eine Zusammenfassung des bisher Ausgeführten ergibt folgenden Rechtsbegriff der Kunst:

Kunst ist die Darstellung der Wirklichkeit in ihrer Bedeutung für den Menschen durch Umsetzung in Symbole, die nach formalen Gesetzen in eine durch die Idee des Künstlers bestimmte Ordnung gebracht werden.

3. Erscheinungsformen der Kunst

Unter diesem abstrakten Einheitsbegriff "Kunst" verbergen sich die verschiedenartigsten Erscheinungsformen. Indem man sie sichtbar werden läßt, erfüllt man diesen Begriff mit Leben; dadurch wird dann auch der Gegenstand dieser Untersuchung plastischer, als dies bisher gelungen ist.

87) Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafbarkeit einer Handlung, NJW 1962, S. 2323 ff.

88) Vgl. dazu Malraux, Psychologie der Kunst, Band II, S. 88

89) Unrichtig daher auch Stein, in: Zinn-Stein, Verfassung des Landes Hessen, Art. 10 Anm. 2: Kunst - unmittelbar anschauliche Gestaltung des Schönen.

90) Vgl. die bei Leiss, a.a.O. (87), S. 2326, angeführten Beispiele.

91) Vgl. BGH, Urt. v. 23.6.1961, GoldtArch. 1961, S. 240; LG Hamburg, Urt. v. 31.7.1962, NJW 1963, S. 675; OVG Münster, B. v. 18.11.1958, OVG 14, 185; Urt. v. 3.10.1961, RdJ 1962, S. 55.

92) Vgl. Ott, a.a.O. (83); ferner: Schilling, Über den sogenannten "Kunstvorbehalt" im Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, S. 3.

a) Die Künste im überkommenen Sinne

Eine phänomenologische Betrachtung der Kunst, die als der heute so selbstverständliche Einheitsbegriff keineswegs ein ehrfurchtgebietendes Alter aufweisen kann⁹³⁾, stößt auf "die Künste". Gemeint sind die sog. schönen Künste, ein Terminus, den die Neuzeit als Gegensatz zu den "nützlichen Künsten"⁹⁴⁾ gebildet und dessen Bedeutung die Académie des Beaux Arts in Frankreich festgelegt hat⁹⁵⁾. Er setzt jene "Autonomie" des Kunstschaffens und des Kunstgenusses voraus, wie sie durch das Freiwerden vom Zweck, vor allem der Darstellung des Sakralen, entstand⁹⁶⁾.

Man unterscheidet etwa die bildenden und die musischen Künste. Zu den bildenden Künsten zählen nach dem Großen Brockhaus⁹⁷⁾ Baukunst, Bildhauerkunst, Malerei, Graphik und das Kunstgewerbe, zu den musischen Künsten Dichtung, Musik, Tanz und Theater⁹⁸⁾. Eine andere Gruppierung unterscheidet: die primär auf den Gesichtssinn bezogenen Raumkünste, Architektur, Plastik, Malerei, die primär den Gehörsinn ansprechenden Zeit-Künste, Dichtung und Musik, sowie die in räumlich-zeitlicher Bewegung sich darstellenden Künste, Tanz und Schauspielkunst⁹⁹⁾.

Auf die verschiedenen Einteilungsarten kommt es hier nicht an; wir trachten nur nach einem Überblick über die Erscheinungsformen des Begriffes "Kunst". Dabei können wir als gesicherten Bestand ansehen: Architektur, Plastik, Malerei, Graphik, Literatur, Musik¹⁰⁰⁾, Tanz und Theater. Diese Aufzählung geht allerdings von

93) Vgl. Hauser, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur I, S.341.

94) Vgl. Watson, Kunst, Künstler und soziale Kontrolle, S. 51.

95) Vgl. Grassi, Nachwort zu: Malraux, Psychologie der Kunst, Band I, S. 119.

96) Vgl. Grassi, a.a.O. (95); Watson, a.a.O. (94); Hauser, a.a.O. (93), S. 79; ferner - mit negativer Wertung - Sedlmayr, Verlust der Mitte, S. 80 ff. und 220 ff. Hierzu auch Baumeister, Das Unbekannte in der Kunst, S. 99 f.

97) 6. Band, S. 706.

98) Ebenso, im Anschluß an den Großen Brockhaus v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. X 3 - S. 254.

99) Vgl. Halder, Artikel: Kunst, Staatslexikon, 5. Band, Sp. 190 ff. (192).

100) "Baukunst, Bildnerkunst, Malkunst, Dichtkunst und Tonkunst" nennt Taine, Philosophie der Kunst, S. 18, die "fünf großen Künste", ohne allerdings auf die "kleinen Künste" näher einzugehen.

abendländischen Vorstellungen aus; im Fernen Osten müßte vielleicht die Gartenkunst miteinbezogen werden¹⁰¹⁾. Das kann auf sich beruhen. Diese Aufzählung sei auch nicht etwa als abschließend verstanden. Zwischenformen, die im Einzelfall nur schwer einer dieser Kategorien zuzuordnen sind, sollen keineswegs ausgeschieden sein. Auch ist unter Literatur, Musik, Tanz und Theater die Tätigkeit des schaffenden Künstlers genauso mitinbegriffen wie die des ausübenden.

Das Kunstgewerbe in den Kreis der Künste miteinzubeziehen, erscheint nicht angemessen, da dies den durch die Entwicklung geprägten Rahmen der schönen Künste sprengen würde¹⁰²⁾.

b) Der Film als Kunst

Hier stellt sich dann aber auch die Frage nach der Filmkunst als einer eigenen Kategorie; denn dem Film wird noch immer die Aufnahme in den Kreis der Künste verweigert¹⁰³⁾. Zu Recht? - Wir hören, wenn vom Film landauf, landab die Rede ist, weit häufiger das Wort "Filmwirtschaft" als "Filmkunst"¹⁰⁴⁾. Die Überwiegende Mehrzahl aller Filme offenbart alles andere als einen künstlerischen Gestaltungswillen, weder wird in ihnen menschlich bedeutsame Wirklichkeit dargestellt, noch ist eine gestalterische Idee ersichtlich, nach der die filmischen Symbole in eine Ordnung gebracht wären. Wenn es eine Filmkunst gibt, so steht sie in der Tat "im tiefen Schlagschatten von Geschäft und Kolportage"¹⁰⁵⁾. Aber das kann bei der Beurteilung der Frage nach dem Film als zusätzlicher

101) Vgl. die Angaben im Großen Herder, 5. Aufl., 5. Band, Freiburg 1954, Sp. 890 ff. Daß die Gartenkunst auch in Europa einmal eine bedeutende Rolle gespielt hat, nämlich im 18. Jahrhundert, belegt Sedlmayr, a.a.O. (96), S. 19 ff.

102) Daß indessen eine enge Verbindung zwischen den schönen Künsten und dem Kunstgewerbe unerläßlich ist, hat Roesler, Das sociale Verwaltungsrecht, 2. Band, S. 223, zu Recht betont.

103) Vgl. etwa die oben angeführten Aufzählungen der Künste, S.21, Anm. 97 ff.

104) Vgl. Hagemann, Der Film, S. 67 f.; ferner die Streitschrift von Mennekes, Film - Vergnügen und Steuer, insbes. S. 38 ff.

105) Hagemann, Der Film, S. 194.

künstlerischer Möglichkeit nicht wesentlich sein¹⁰⁶⁾; es ließe sich Ähnliches gegen die Literatur ins Feld führen. Auch die Tatsache, daß zur Herstellung und Wiedergabe eines Films technische Mittel erforderlich sind, daß an seiner Herstellung viele Hände in verschiedenen Phasen mitwirken und daß er in beliebig vielen Kopien vervielfältigt werden kann, besagt nichts. Bedarf doch die Wiedergabe musikalischer Werke oder die Erstellung eines Bauwerks ebenso technischer Mittel und zahlreicher Mitwirkender. Und jedes Buch erscheint in Hunderten von Exemplaren, von jedem Stich oder Holzschnitt sind ebenso zahlreiche Abzüge möglich¹⁰⁷⁾.

Wir betrachten den Film als eine zusätzliche künstlerische Möglichkeit, weil er gegenüber den "traditionellen" Künsten ein neues Phänomen darstellt¹⁰⁸⁾. Denn er ist keineswegs nur eine andere Art des Theaters, weil er primär weder gesprochenes Wort, wie das Drama, noch Musik, wie die Oper, ist, sondern "die Sprache des Films beruht auf der Wiedergabe sichtbarer Bewegung, die durch akustische Bewegung (nur) ergänzt oder untermalt wird"¹⁰⁹⁾. Durch die für den Film typische Zusammenfassung verschiedener Ausdrucksmittel entsteht eine neue sich in räumlich-zeitlicher Bewegung vollziehende Darstellungsart¹¹⁰⁾. Der Film ist wegen dieser Zusammenfassung zu Recht als ein Gesamtwerk bezeichnet worden¹¹¹⁾, dessen Urheber aber letztlich doch nur ein Individuum, der Regisseur, sein kann¹¹²⁾.

106) Sehr zurückhaltend Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 114, wegen "des doch sehr stark kommerziellen Charakters der Filmproduktion und einer gewiß nicht zu leugnenden Tendenz, Unterhaltung zu bieten".

107) Vgl. Hagemann, Der Film, S. 183 f.; Iros, Wesen und Dramaturgie des Films, S. 52 f. und 264 f.

108) Vgl. Hagemann, Der Film, S. 12.

109) Hagemann, Der Film, S. 183; vgl. auch Haeger, Der Film als Gesamtwerk, Schriftenreihe der UFITA Heft 9, S. 24.

110) Das räumliche Element beruht allerdings auf einer Illusion der Wiedergabe.

111) Vgl. Haeger, a.a.O. (109), S. 29 ff.; Hagemann, Der Film, S. 197; Iros, a.a.O. (107), S. 74 ("Gemeinschaftskunst"); Johann, Kleine Geschichte des Films, S. 118; Kalb, Der Jugendschutz bei Film und Fernsehen, S. 45.

112) Vgl. Hagemann, Der Film, S. 184 f.; Malraux, Psychologie der Kunst, Band I, S. 82; auch Iros, a.a.O. (107), S. 43, der aber daneben besonders die Bedeutung des Drehbuchautors hervorhebt (S. 47); ähnlich Lüders, Sind deutsche Spitzenfilme noch möglich? Kulturarbeit 1953, S. 203 ff.

Biermann-Ratjen¹¹³⁾ hat verneint, daß der Film "reine Kunst" sein könne, da sein Ausgangspunkt, die Fotografie, außerkünstlerisch gewesen sei. Dieser Gedanke ist unrichtig. Wollte man darauf abstellen, ob der Ausgangspunkt einer Kunst der Wille war, "ein neues Mittel und Material zu gewinnen, menschliche Empfindungen und Erlebnisse in die hohe ewige Form symbolhaltiger Kunst zu objektivieren"¹¹⁴⁾, so gäbe es wohl kaum eine "reine Kunst". Ausserdem beruht es auf einer Verkennung der Darstellungsmittel des Films, die Fotografie als seinen Ausgangspunkt anzusehen; wie Pinsel oder Farbe für die Malerei, die Sprache für die Literatur ist die Fotografie für den Film nur Material. Der Film beginnt erst da, wo es gelingt, mit Hilfe der Fotografie sichtbare Bewegung festzuhalten¹¹⁵⁾.

Der Film ist eine selbständige Möglichkeit, die Wirklichkeit in ihrer Bedeutung für den Menschen darzustellen. Er schafft mit seinen Mitteln, besonders illusionierenden Symbolen der Wirklichkeit, eine eigene Ordnung, die ebenso wie bei jeder anderen Kunst von einer "Idee" bestimmt ist. Wir werden daher den Film als eine eigene Kunstgattung anerkennen müssen¹¹⁶⁾.

Er fügt sich in die vorgeschlagene Definition der Kunst ein¹¹⁷⁾.

113) Film als Kunst, in: Kultur und Staat, S. 197 f.

114) Biermann-Ratjen, a.a.O. (113).

115) So auch Hagemann, Der Film, S. 14 f.; Malraux, a.a.O. (112), S. 81 f.; Baumeister, Das Unbekannte in der Kunst, S. 150.

116) Ebenso, jedenfalls im Ergebnis: Baumeister, a.a.O. (115), S. 140; Haeger, a.a.O. (109), S. 24 ff. (36); Hagemann, Der Film, S. 194 und passim; v. Hartlieb, Die rechtliche, insbesondere die verfassungsrechtliche Seite der Selbstkontrolle, in: Selbstkontrolle von Presse, Funk und Film, S. 10 ff.; Heimann, Artikel: Film, Wörterbuch der Soziologie, S. 130; Iros, a.a.O. (107), S. 52; Kalb, a.a.O. (111), S. 41; Knapp, Die Zulässigkeit der Filmzensur und ihre Ausübung durch die "Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft", S. 35; Malraux, a.a.O. (112), S. 81 f.; Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 114; Roclenbleg, Die Rechtsstellung der Filmbewertungsstelle, S. 140; Stümmer, Filmselbstkontrolle, BayVbl. 1959, S. 105 f.; Johann, a.a.O. (111), S. 166 ff., der allerdings der Ansicht ist, daß Kunst nicht die Mission des Films sei (S.174). Vgl. aber auch Kempe, Hat das Kino noch Chancen? Kulturarbeit 1958, S. 166 ff., der die Frage seines Themas gerade im Hinblick auf den künstlerischen Film bejaht.

117) Vgl. dazu Hagemann, Der Film, S. 182, der von einem ähnlich aufgebauten Kunstbegriff ausgeht.

Eine speziell für den Film gültige Definition der Kunst, wie sie v. Hartlieb¹¹⁸⁾ versucht hat, ist daher nicht erforderlich. Wir können vielmehr an dem Einheitsbegriff der Kunst auch praktisch festhalten. Die Erscheinungsformen der Kunst in diesem seit der Renaissance in Europa gültigen Sinne¹¹⁹⁾ unterscheiden sich nur durch ihre Formmittel, d.h. ihre formalen Gesetze.

4. Überblick über die vom Staat geförderten Künste

Wenn der Staat Kunstpflege betreibt, so geht er notwendig von einer bestimmten Vorstellung darüber aus, welcher Bereich mit dem abstrakten Begriff "Kunst" abgesteckt ist. Zwar ist diese Vorstellung unpräzise und, soweit ersichtlich, von zuständiger Seite bisher auch nicht formuliert worden; aber ein Überblick über das, was gefördert wird, erlaubt einen Rückschluß auf den Inhalt des Begriffes "Kunst", wie ihn die öffentliche Hand begreift.

Hier soll dieser Schluß versucht werden, um ein praktisches Kriterium für die Verwertbarkeit der Erläuterung des Untersuchungsgegenstandes zu erhalten. Dabei ist nicht mehr zu erwarten als die Erfassung seines Kerns, weil wir nicht davon ausgehen können, daß der Staat alles fördert, was zum Bereich der Kunst zählt. Offen muß vorerst auch die Frage bleiben, ob der Staat etwa zu einer derart umfassenden Förderung verpflichtet ist.

a) Durch die Bundesrepublik

Der Bundeshaushaltsplan für das Rechnungsjahr 1964 weist im Einzelplan des Bundesministers des Innern, Kapitel 0602, in den Titeln 660 und 661 Mittel aus zur "Förderung der Kultur, soweit es sich um eine repräsentative Vertretung des Bundes oder um die Wahrung von gesamtdeutscher oder internationaler Bedeutung handelt". Veranschlagt sind etwa Zuschüsse zur "Förderung kultureller Bestrebungen in der Bundesrepublik Deutschland" für drei größere Orchester¹²⁰⁾, für die Bayreuther Festspiele, allgemein für musi-

118) Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 43 f.

119) Vgl. Hauser, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur I, S. 341.

120) Bamberger Symphoniker, Radio-Symphonieorchester Berlin und Philharmonia Hungaria (Erl. zu Tit. 660 Nr. 1 a - c).

kalische Veranstaltungen und Festspiele¹²¹⁾ und für Ausstellungen sowie der Beitrag des Bundes an die Stiftung "Preußischer Kulturbesitz"¹²²⁾.

Ungeachtet der allgemeinen Bezeichnung des Titels 660 und der - mit Rücksicht auf die strittige Kompetenzfrage - vorsichtigen Formulierung des Zweckes dieser Mittel handelt es sich um solche zur Kunstpflege. Daß für ihre Bereitstellung eine besondere Motivation angegeben wird, ist insoweit nicht von Belang.

Ebenfalls im Kapitel 0602, aber nicht im Rahmen der "Förderung der Kultur", sondern in einem selbständigen Titel 611 sind Mittel "für die Auszeichnung bester Jahresleistungen in der deutschen Filmproduktion und für sonstige fördernde Maßnahmen auf dem Gebiet des Filmwesens und Filmschaffens" bereitgestellt. Der veranschlagte Betrag dient "der Hebung des künstlerischen Niveaus des deutschen Spielfilms" und anderer Filmarten¹²³⁾. Er dient also, jedenfalls auch, der Förderung der Kunst.

Die genannten Ansätze sind im Funktionenplan unter dem Titel "Kunst, Volksbildung, Heimatpflege und kirchliche Angelegenheiten" rubriziert¹²⁴⁾. Da dort Heimatpflege und kirchliche Angelegenheiten speziell genannt sind, läßt sich darin ein Anhaltspunkt dafür erblicken, daß der Bund sich durch die aufgeführten Ansätze der Kunstpflege widmen will. Da man Kunstpflege fast immer auch als eine Art Volksbildung ansehen kann¹²⁵⁾, kommt deren Erwähnung für die hier interessierenden Haushaltsansätze besondere Bedeutung nicht zu.

Somit läßt sich feststellen: der Bund widmet sich der Kunstförderung, indem er für Film, einige Orchester, Theater und Kunstausstellungen Zuschuß gewährt und sich an der Stiftung "Preußischer Kulturbesitz" beteiligt.

121) Z.B. die Ruhrfestspiele Recklinghausen, die Festspiele Bad Hersfeld (Erl. zu Tit. 660 Nr. 1 i).

122) Titel 661.

123) Erläuterungen zu Tit. 611.

124) Bundeshaushaltsplan für das Rechnungsjahr 1964, S. 40.

125) Vgl. C.H. Becker, Die preußische Kunstpolitik und der Fall Schillings, in: Kulturverwaltung der zwanziger Jahre, S. 129; ferner Hauser, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur I, S. 133.

b) Durch das Land Baden-Württemberg

Aus der Reihe der Länder sei als Beispiel zunächst das Land Baden-Württemberg herausgegriffen. Nach der Bekanntmachung der vorläufigen Regierung über die Abgrenzung der Geschäftsbereiche der Ministerien vom 8. Juli 1952¹²⁶⁾ gehören zum Bereich des Kultusministeriums "Pflege von Wissenschaft und Kunst, Naturschutz, Heimat- und Denkmalpflege und sonstige kulturelle Angelegenheiten". Diese Geschäftsverteilung gilt auch heute noch¹²⁷⁾.

Im Einzelplan des Kultusministeriums¹²⁸⁾ sind Mittel ausgewiesen für Hochschulen für Musik, Staatliche Akademien der bildenden Künste, Staatliche Kunstsammlungen, Staatstheater, für Zuschüsse an nichtstaatliche Bühnen und Orchester sowie für den "sonstigen Aufwand für Kunst und Schrifttum". Im Rahmen des letztgenannten Kapitels 0489 interessiert hier besonders Titel 603: Zur Förderung der Kunst und des Schrifttums. Dort sind u.a. Mittel veranschlagt zur Förderung der bildenden Kunst, der Tonkunst und des Schrifttums, für Ehrensolde an besonders verdiente Künstler und Schriftsteller sowie für Literatur- und Kunstpreise¹²⁹⁾. Daß diese Mittel der Pflege der Kunst dienen sollen, kann nicht zweifelhaft sein. Es ergibt sich schon aus der erwähnten Überschrift von Kapitel 0489, die durch das Wort "sonstiger Aufwand" auf die vorausgehenden Kapitel Bezug nimmt; diese stellen demnach auch Aufwand für Kunst und Schrifttum dar.

Das Land Baden-Württemberg betreibt also Kunstpflege, indem es Musikhochschulen, Kunstakademien, Kunstsammlungen und Theater unterhält oder subventioniert, finanzielle Zuschüsse an Künstler und Schriftsteller gewährt und generell Mittel zur Förderung der bildenden Kunst, der Musik und der Literatur bereitstellt.

c) Durch das Land Berlin

Als Beispiel für die Praxis eines Stadtstaates erscheinen die Verhältnisse in Berlin besonders instruktiv, weil das Ziel, die alte

126) GBl. S. 21.

127) Vgl. Staatshaushaltsplan des Landes Baden-Württemberg für das Rechnungsjahr 1964, Einzelplan 04: Kultusministerium, Vorwort A Ziff. 1.

128) Kapitel 0476 ff.

129) Vgl. Erläuterungen zu Tit. 603.

Reichshauptstadt zu einem kulturellen Zentrum zu machen¹³⁰⁾, besonders intensive Bemühungen hervorruft, wovon der Haushaltsplan von Berlin für das Rechnungsjahr 1964 bereites Zeugnis ablegt.

Aufschlußreich ist bereits die Gliederung der Senatsverwaltung für Wissenschaft und Kunst¹³¹⁾, deren Abteilung III (Kunst) zuständig ist für darstellende Kunst und Literatur, bildende Kunst, Musik, Film und Funk, Verlage und Buchhandel.

Berlin unterhält eine Hochschule für bildende Künste¹³²⁾, eine Hochschule für Musik¹³³⁾, ein Städtisches Konservatorium¹³⁴⁾, die Max-Reinhardt-Schule¹³⁵⁾, drei eigene Bühnen¹³⁶⁾, ein Philharmonisches Orchester¹³⁷⁾; die Internationalen Filmfestspiele Berlin¹³⁸⁾ und die Berliner Festwochen¹³⁹⁾ sind ständige Einrichtungen. Im Haushaltsplan der Senatsverwaltung für Wissenschaft und Kunst sind ferner Mittel angesetzt zur Unterstützung verdienter Künstler, zum Erwerb von Kunstwerken lebender Künstler, zum Aufbau einer Sammlung moderner Kunst, der "Galerie des 20. Jahrhunderts", für Zuschüsse an private Theater und Orchester und für die Akademie der Künste¹⁴⁰⁾.

Von Interesse ist schließlich der Berliner Kunstpreis¹⁴¹⁾. Er wird vergeben für besondere Leistungen auf den Gebieten der bildenden Kunst, Architektur, Musik, Literatur, darstellenden Kunst und des Films. Mit dieser Gliederung ist zugleich der gesamte Bereich umschlossen, in dem das Land Berlin im Rahmen öffentlicher Kunstpflege tätig wird.

130) Vgl. Kulturpolitik der Länder 1961 und 1962, Berlin: S. 51; 2. Bericht über den Ausbau Berlins als Stätte der Bildung, der Wissenschaft und der Kunst, Verhandlg. des Abgeordnetenhauses von Berlin IV. Wahlper., StenBer. S. 413 ff.

131) Vgl. Haushaltsplan von Berlin für das Rechnungsjahr 1964, Ordentlicher Haushaltsplan, Haushaltsteil Hauptverwaltung, Einzelplan B 3: Wissenschaft und Kunst.

132) Einzelplan B 3123.

133) Einzelplan B 3124.

134) Einzelplan B 3340.

135) Einzelplan B 3350.

136) Deutsche Oper Berlin (Einzelplan B 3321), Schiller-Theater (Einzelplan B 3322) und Schloßparktheater (Einzelplan B 3323).

137) Einzelplan B 3330.

138) Einzelplan B 3360.

139) Einzelplan B 3361.

140) Vgl. im einzelnen im Einzelplan B 3000 unter Haushaltsstelle 3: Sächliche Zweckausgaben.

141) Haushaltsstelle 302 im Einzelplan B 3000, Erläuterung 34 hierzu.

d) Zusammenfassung

Fassen wir den kurzen Überblick über die Praxis der öffentlichen Hand zusammen, so ergibt sich für die Frage, von welchem Begriff der Kunst die staatliche Kunstförderung ausgeht: sie schließt grundsätzlich keine der hier genannten einzelnen Künste aus. Staatliche Kunstpflege widmet sich der Architektur, der Plastik, der Malerei, der Graphik, der Literatur, der Musik, dem Tanz, dem Theater und dem Film. Daß der Bund oder ein einzelnes Land seine fördernde Tätigkeit nicht jeder einzelnen Kunstform zuwendet, ist unerheblich, besagt insbesondere nicht, daß hier ein Kunstbegriff gelte, welcher die nicht bedachten Künste ausschließe. Denn die Auswahl des Geförderten wird von der Kompetenzfrage und vor allem von Erwägungen der Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit bestimmt.

Der Gegenstand unserer Untersuchung erscheint hinsichtlich der Erscheinungsformen der Kunst ausreichend geklärt, da der Staat diejenigen Künste fördert, welche den Inhalt des hier gebildeten abstrakten Begriffes der Kunst ausmachen.

Staatliche Kunstförderung widmet sich allen Künsten.

III. Ist der Kunstbegriff der Rechtsordnung wertfrei oder wertbezogen?

1. Bisherige Lösungen im Rahmen des Grundrechts der Kunstfreiheit

Das Wort "Kunst" bezeichnet nicht nur einen Wirklichkeitsbegriff, ein soziologisches Faktum, sondern auch einen Wertbegriff, einen Maßstab¹⁴²⁾. So stellt sich die Frage, welche dieser Bedeutungen rechtlich relevant ist. Gilt das Förderungsversprechen der Landesverfassungen etwa nur für die sog. echte Kunst oder für alle Bemühungen, die sich äußerlich im Bereich der Künste halten? Ebenso muß die Frage für das Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG untersucht werden.

Der Wirklichkeitsbegriff der Kunst umfaßt nach Radbruch¹⁴³⁾ "alle

142) Vgl. die sehr klare Unterscheidung bei Beling, Kunstfreiheit und Rechtsbann, S. 20.

143) Rechtsphilosophie, S. 286.

Kunstleistungen einer Zeit, künstlerische wie kitschige". Ähnliche Erklärungen finden sich auch sonst über den wertfreien Kunstbegriff¹⁴⁴⁾. Daß hiermit eine brauchbare Definition nicht gegeben wird, ist bereits oben¹⁴⁵⁾ gezeigt worden¹⁴⁶⁾. Aber nicht nur diese Unbrauchbarkeit ist zu kritisieren; ein solches Verständnis des Begriffes Kunst ist vielmehr sachlich unrichtig. "Kitschige Kunstleistungen" - um in der gewiß überspitzten Terminologie Radbruchs zu bleiben - ist ein Widerspruch in sich. Kitsch bedeutet den Verzicht auf Wahrheit; es ist letztlich ein sittlicher Begriff¹⁴⁷⁾. Kunst aber ist wahr, ist Darstellung der Wirklichkeit. Wo das nicht einmal gewollt ist, kann man von Kunstleistungen schlechterdings nicht sprechen¹⁴⁸⁾; es sei denn, man wollte allein auf die äußere Tätigkeit abstellen, also darauf, daß etwas gebaut, gebildet, gemalt usw. wird. Zu einem derart entleerten Kunstbegriff können wir uns allerdings nicht verstehen, weil er praktisch ausagelos ist.

Der wertfreie Kunstbegriff muß vielmehr in der Form gebildet werden, daß vom Erfolg des zweckbezogenen Tuns abgesehen wird. Der Zweck ist die Darstellung der Wirklichkeit in dem oben¹⁴⁹⁾ bezeichneten Sinn. Damit wird die hier entwickelte Definition des Begriffes "Kunst" zur Grundlage für den wertfreien wie für den wertbezogenen Begriff.

Man kann indessen nicht vorbeigehen an der Tatsache, daß gemeinhin wertfreier und wertbezogener Kunstbegriff völlig verschieden erläutert werden.

144) Vgl. Beling, a.a.O. (142), S. 24, Kitzinger, Artikel 142 Satz 1, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Band, S. 508 f.; BVerwG, Urt. v. 21.12.1954, BVerwGE 1, 303 (305).

145) S. 12 ff.

146) Radbruch hat dies wohl auch nicht beabsichtigt; ihm ging es nur um ein Beispiel, in dem Norm und Normsubstrat mit demselben Wort bezeichnet werden.

147) Vgl. Pinder, Von den Künstlern und der Kunst, S. 74; Knoll, Was ist Kitsch, Kulturarbeit 1961, S. 190 ff. A.A. Iros, Wesen und Dramaturgie des Films, S. 69, der Kitsch als Produkt des Unvermögens, dagegen Schund als Täuschung versteht.

148) Vgl. dazu Kitzinger, a.a.O. (144), S. 509, der die Grenze des Bereiches der Kunst ebenfalls da zieht, wo Kunst überhaupt nicht mehr gewollt ist.

149) S. 15 ff.

Anlaß zur Untersuchung des Kunstbegriffes hat bislang nicht so sehr Art. 5 Abs. 3 GG gegeben als vielmehr das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (GjS)¹⁵⁰⁾, dessen § 1 Abs. 2 Nr. 2 bestimmt:

"Eine Schrift darf nicht in die Liste aufgenommen werden, wenn sie der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre dient".

Der hier normierte sog. Kunstvorbehalt hat in der Praxis und in der Literatur zu erheblichen Kontroversen hinsichtlich seiner Tragweite geführt¹⁵¹⁾ und eine bis dato unbekannte Auseinandersetzung um die Bedeutung der in Art. 5 Abs. 3 GG niedergelegten Freiheit der Kunst nach sich gezogen. Daß § 1 Abs. 2 Nr. 2 GjS nur die "praktische Anwendung von Art. 5 Abs. 3 GG im Bereich des literarischen Jugendschutzes" ist¹⁵²⁾, wird man annehmen müssen; die andere Meinung, wonach § 1 Abs. 2 Nr. 2 GjS enger sei als Art. 5 Abs. 3 GG¹⁵³⁾, gerät in kaum lösbare Schwierigkeiten mit dem Grundrecht der Kunstfreiheit, das nach der Systematik des Art. 5 GG nicht der Einschränkung durch allgemeine Gesetze unterliegt¹⁵⁴⁾. Demnach ist dem § 1 Abs. 2 Nr. 2 GjS derselbe Kunstbegriff zugrunde zu legen wie Art. 5 Abs. 3 GG; insbesondere kann der Kunstbegriff des GjS nicht enger sein als der des Grundgesetzes, da dies eine unzulässige Umgehung der verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantie wäre.

a) Die Ansicht des Reichsgerichts

Schon das Reichsgericht ist davon ausgegangen, daß ein wertfreier Begriff der Kunst gebildet werden kann. Denn es hat bei der Ausle-

150) Vom 9.6.1953 (BGBl. I, S. 377) in der Fassung vom 29.4.1961 (BGBl. I, S. 398).

151) Vgl. Schilling, Literarischer Jugendschutz, S. 11; v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 37.

152) Schilling, a.a.O. (151), S. 15 ff.; ebenso Potrykus, Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, § 1 Ziff. 19 - S. 25 f.; OVG Münster, Urt. v. 3.10.1961, RdJ 1962, S. 55.

153) Vgl. OVG Münster, B. v. 18.11.1958, OVG 14, 185; Stümmer, Jugendschutz auf dem Gebiete des Schrifttums und der Abbildungen.

154) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. X 6 - S. 258 ff.; Hamann, Das Grundgesetz, Art. 5 Anm. 13; Wernicke im Bonner Kommentar, Art. 5 Anm. II 3 c.

gung des § 184 StGB angenommen, daß die Kunst Gegenstände, die in geschlechtlicher Hinsicht als schamverletzend gelten müßten, derart "durchgeistigen" und "verklären" könne, daß sie dem Bereich des Unzüchtigen entrückt seien¹⁵⁵⁾. Diese Auffassung geht von einer Unterscheidung zwischen Kunst schlechthin und einer besonders wertvollen Kunst im Sinne hervorragender, vollkommener Leistungen aus. Der allgemeine Bezirk der Kunst, die "künstlerische Form", das Streben "mit künstlerischen Mitteln" nach "künstlerischen Zielen", ist nicht durch das Gelingen gekennzeichnet¹⁵⁶⁾; gelingt das Werk, so wird ein "Kunstwerk in des Wortes höchster Bedeutung" geschaffen¹⁵⁷⁾. Im Rahmen des § 184 StGB soll nur diese hohe Kunst relevant sein, hier allein der Satz gelten, daß bei einem Kunstwerk der Begriff des Unzüchtigen nicht anwendbar ist¹⁵⁸⁾. Künstlerisches Streben, das nicht zu dieser höchsten Stufe gelangt, kann dagegen durchaus obszön sein. An dieser Auffassung hält die Rechtsprechung der Strafgerichte auch heute noch fest¹⁵⁹⁾.

Ihre Richtigkeit mag zunächst dahingestellt bleiben. Wesentlich ist die Trennung zwischen zwei Kunstbegriffen verschiedener Stufe. Sie ist in die Diskussion um § 1 Abs. 2 Nr. 2 GJS übernommen worden¹⁶⁰⁾. Damit wird "Kunst" im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG als ein wertbezogener Begriff verstanden.

b) Die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts

Dagegen hat sich das Bundesverwaltungsgericht in seiner bekannten Entscheidung zum Film "Die Sünderin"¹⁶¹⁾ gewandt. Ein Spielfilm

155) So bereits RG, Urt. v. 6.11.1893, RGSt 24, 365.

156) Vgl. auch RG, Urt. v. 22.11.1904, RGSt 37, 315; Urt. v. 13.10.1921, RGSt 56, 175; ebenso KG, Urt. v. 27.4.1929, DJZ 1929, Sp. 1553.

157) RGSt 37, 315.

158) So, ausdrücklich gegen die Meinung der Vorinstanz RG, Urt. v. 22.11.1904, RGSt 37, 315.

159) Vgl. LG Hamburg, Urt. v. 31.7.1962, NJW 1963, S. 675.

160) Vgl. Harrer, Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit. Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, GJS § 1 Anm. 7; Becker-Seidel, Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, S. 55; Potrykus, Bundesgesetze zum Schutze der Jugend, § 1 GJS Anm. 19 (in der 2. Auflage, a.a.O. (152), wird an dieser Auffassung nicht mehr festgehalten); Hermann Riedel, Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, S. 76; Wahl, Jugendschutz in der Öffentlichkeit, § 1 Abs. 2 GJS Anm. 1.

161) Urt. v. 21.12.1954, BVerwGE 1, 303.

soll nach der Ansicht des Gerichts ebenso wie ein Roman oder ein Theaterstück ein Erzeugnis der Kunst i.S. des Art. 5 Abs. 3 GG sein, wenn er eine erdachte Handlung zum Gegenstand hat, ohne eine bestimmte Stellung zu irgendwelchen Problemen zu beziehen. Auf den künstlerischen Wert komme es nicht an.

Die Entscheidung ist zu Recht kritisiert worden¹⁶²⁾, denn sie verwendet falsche Kriterien der Kunst. Durch zwei Merkmale soll die künstlerische Qualität des Films, Romans oder Theaterstücks bestimmt sein: Gegenstand müsse eine erdachte Handlung sein, und es dürfe nicht eine bestimmte Stellung zu irgendwelchen Problemen bezogen sein. Diese letzte Anforderung an ein Kunstwerk, d.h. ein Erzeugnis der Kunst im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG, dient der Abgrenzung von der Meinungsäußerung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG. Die Formulierung ist - mindestens - mißverständlich. Würde sie etwa besagen, ein Kunstwerk dürfe wesensnotwendig keine wertende Aussage über irgendwelche Probleme enthalten, so wäre sie offenbar abwegig, da sie zahlreiche Dramen, Romane und Filme, deren künstlerischer Rang anerkannt ist, aus dem Bereich der Kunst ausklammern würde. Die Kunst kann sehr wohl eine wertende Aussage machen, zu einem Problem Stellung nehmen¹⁶³⁾.

Die Entscheidung des Gerichts im konkreten Fall zeigt, daß offenbar etwas anderes gemeint ist; denn der vom Gericht als ein Erzeugnis der Kunst gewertete Film "Die Sünderin" enthält tatsächlich eine Aussage¹⁶⁴⁾, mag man sie nun "in der hinnehmenden Darstellung der Prostitution und der Tötung auf Verlangen und der romantischen Verklärung des Selbstmordes"¹⁶⁵⁾ oder in der Fähigkeit eines auf die schiefe Bahn geratenen Mädchens zu aufopferungs-

162) Vgl. Schilling, Literarischer Jugendschutz, S. 18 f.; v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 40 ff.; ders., Die rechtliche, insbesondere die verfassungsrechtliche Seite der Selbstkontrolle, in: Selbstkontrolle von Presse, Funk und Film, S. 12 f.; Kalb, Der Jugendschutz bei Film und Fernsehen, S. 39 f.; Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 114; Roepertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 40 ff. Zustimmend, wenn auch mit sehr weitgehender "Interpretation" des Urteils Berthold-v. Hartlieb, Filmrecht, S. 238 ff.

163) So auch Berthold-v. Hartlieb, Filmrecht, S. 239.

164) Vgl. v. Hartlieb, a.a.O. (162); Kalb, a.a.O. (162).

165) Kalb, a.a.O. (162), S. 39.

voller Liebe¹⁶⁶ sehen. Daß die Stellungnahme des Films nicht restlos eindeutig ist, besagt nichts, da ein Kunstwerk seinen tieferen Sinngehalt regelmäßig nicht ausdrücklich offenlegt, sondern Deutung verlangt¹⁶⁷).

Tatsächlich läßt sich Kunst nicht durch Abgrenzung von der Meinungsäußerung bestimmen. Gleichgültig ist dabei, ob man den Begriff der Meinung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG weit, etwa als "geistigen Inhalt im weitesten Sinne"¹⁶⁸), oder enger, als "Stellungnahmen grundsätzlicher Art, Stellungnahmen, die irgendwie allgemein gültig sein wollen"¹⁶⁹), versteht. Denn künstlerische Form kann auch einem Stoff gegeben werden, der eine Meinung darstellt und dessen Darstellung sich darum als Meinungsäußerung erweist¹⁷⁰).

Da das Gericht in solcher Aussage des Films nicht eine Stellungnahme sieht, scheint es darauf abheben zu wollen, daß der primäre Zweck eines Kunstwerkes nicht die Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung¹⁷¹) sei. Man kann die Kunst in der Tat als zweckfrei ansehen in dem Sinne, daß sie nicht irgendeinem außerkünstlerischen Interesse diene¹⁷²). Sie ist dann zwar noch immer mindestens zur Unterhaltung bestimmt¹⁷³); doch ist das kein besonderer,

166) v.Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 40.

167) Vgl. Schilling, a.a.O. (162), S. 32 f.

168) Johanne Noltenius, a.a.O. (162), S. 111; ähnlich Ridder, Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 248; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 108 f.; Wernicke im Bonner Kommentar, Art. 5 Anm. II 1b; Zinn-Stein, Die Verfassung des Landes Hessen, Art. 11 Anm. 3.

169) Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4, S. 16; Hensel, Die fünfte Tagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, AöR 52, S. 100; v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. III 1 - S. 238 f.

170) Vgl. Hensel, a.a.O. (169); v. Mangoldt-Klein, a.a.O. (169); Rothenbücher, a.a.O. (169), S. 16 f. und 25; Ropertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 43 f.

171) So verstehen v. Hartlieb, a.a.O. (166), S. 40 ff.; Kalb, a.a.O. (162), und Johanne Noltenius, a.a.O. (162), S. 113, die Darlegungen des Gerichts.

172) Vgl. Hauser, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur I, S. 79; Erwin Stein, Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster vom 18.11.1958, JZ 1959, S. 722; Leiss, Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafbarkeit einer Handlung, NJW 1962, S. 2325; RG, Urt. v. 6.11.1893, RGSt 24, 365.

173) Vgl. Löffler, Presserecht, § 9 RPrG RdNr. 17.

außerkünstlerischer Zweck, so daß man nicht deswegen die Zweckfreiheit der Kunst in Frage stellen kann¹⁷⁴⁾.

Die Formulierung des Bundesverwaltungsgerichts krankt jedoch an einer allzu simplifizierten Auffassung darüber, in welcher Form an der öffentlichen Meinungsbildung teilgenommen wird. Da große Kunstwerke unbestreitbar eine gewaltige religiöse oder politische Wirkung haben¹⁷⁵⁾ und also sehr tiefgehend die öffentliche Meinung beeinflussen können, wäre das Kriterium des Gerichts nur sinnvoll, wenn man wirklich unterscheiden könnte zwischen einer bewußt auf Meinungsbildung gerichteten Äußerung und einer - demnach künstlerischen - nur als Nebenwirkung meinungsbildenden Äußerung. Das erscheint aber gerade undurchführbar. Denn es käme letztlich allein auf den Willen des Autors an, auf seine Zweckbestimmung seiner Äußerung. Wie sollte man diesen Willen feststellen, wo das äußere Erscheinungsbild bei ganz verschiedener Willensrichtung völlig gleichbleiben kann? Dazu hätte das Gericht Ausführungen machen müssen, wenn es wirklich seine Definition des Kunstwerkes zur Grundlage der konkreten Entscheidung gemacht hätte.

Der entscheidende Mangel dieser Begriffsbestimmung liegt indessen nicht in der verfehlten Abgrenzung zur Meinungsäußerung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG, sondern in der Ausgangsthese, ein filmisches oder literarisches Kunstwerk sei dann ein Erzeugnis der Kunst, wenn es eine erdachte Handlung zum Gegenstand habe. Hierdurch ist zwar erreicht, daß das Kunstwerk von der reinen Reportage abgehoben ist; aber das ist auch das einzige Positivum, das sich für dieses Kriterium des Künstlerischen ins Feld führen läßt.

Zunächst wirkt es recht antiquiert, auf eine fiktive Handlung abstellen zu wollen. Die Entwicklung der Kunst läuft, jedenfalls seit rund hundert Jahren, deutlich erkennbar darauf hinaus, sich von einem vorgestellten Inhalt zu lösen, das Erzählen aufzugeben¹⁷⁶⁾. Eine Handlung wiederzugeben heißt erzählen. Man müßte literarische

174) Mißverständlich Schilling, Literarischer Jugendschutz, S. 21.

175) Vgl. Löffler, a.a.O. (173), der auf Lessings "Nathan" und Schillers "Räuber" verweist; Kitzinger, Artikel 142 Satz 1, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Band, S. 457 und 462 f.

176) Vgl. Malraux, Psychologie der Kunst, Band I, S. 44 f. und 73 f.; Ropertz, a.a.O. (170), S. 41 f.

und filmische Kunstwerke aus dieser allgemeinen künstlerischen Entwicklung ausklammern, um der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts folgen zu können. Tatsächlich aber führt keine Erscheinungsform der Kunst ein isoliertes Eigenleben, und so sehen Film und Literatur ihre wesensmäßige Aufgabe auch nicht mehr notwendig im Erzählen.

Schließlich ist gegen die Definition des Gerichts einzuwenden, daß sie in der vorgeschlagenen Form zu einer vernünftigen Abgrenzung unbrauchbar ist. Jedes Jägerlatein oder Seemannsgarn wäre ein Erzeugnis der Kunst, weil es geradezu den Idealfall einer Wiedergabe von frei erdachten Handlungen darstellt¹⁷⁷⁾. In Wahrheit ist es auch unerheblich, ob eine frei erdachte oder eine wahre, d.h. historische Handlung wiedergegeben wird. Daß Begebenheiten dargestellt werden, die sich wirklich zugetragen haben, verweist die Darstellung nicht aus dem Bereich der Kunst¹⁷⁸⁾. Die Fabel ist kein brauchbares Kriterium zur Abgrenzung von Kunst und Nicht-Kunst; sie mag erfunden oder wirklich sein, das besagt für die entscheidende Frage nichts. Das wesentliche Element der Kunst ist vielmehr die künstlerische Form oder, in der den Gerichten geläufigen Terminologie, die künstlerische Gestaltung.

c) Die Ansichten in der Literatur

Versuche, einen wertfreien Kunstbegriff unter Einbeziehung der künstlerischen Gestaltung zu bilden, sind in der Literatur unternommen worden in Auseinandersetzung mit der Entscheidung des OVG Münster vom 18. November 1958¹⁷⁹⁾. Das Gericht war von der Definition der Kunst als "Gestaltung eines geistig-seelischen Gehaltes

177) Vgl. dazu v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 41; ferner zur Kritik des Urteils: Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 114; Schilling, Literarischer Jugendschutz, S. 18.

178) Ebenso wie bei der Meinungsäußerung ist die Tatsache an sich auch in der Kunst nur Stoff, hier, um eine künstlerische Aussage zu machen, dort, um einen geistigen Einfluß auszuüben. Vgl. zum Problem der Meinungsäußerung insoweit Johanne Noltenius, a.a.O. (177), S. 96. Wie im Text auch Berthold-v. Hartlieb, Filmrecht, S. 239.

179) OVG 14, 185.

durch eine eigenwertige Form nach bestimmten Gesetzen" ausgegangen¹⁸⁰⁾ und verstand den so umrissenen Begriff wertbezogen. Das zeigt der ausführliche Versuch, im konkreten Fall den Erfolg des künstlerischen Wollens zu bewerten¹⁸¹⁾. Ein peinlich wirkendes Bemühen, das Stein¹⁸²⁾ als gefährlich nahe an "Schulmeisterei und Beckmesserei" bezeichnet hat¹⁸³⁾.

Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften, deren Entscheidung das OVG Münster in zweiter Instanz aufgehoben hatte, war von einem wertfreien Begriff ausgegangen: eine Schrift diene der Kunst, wenn sie darauf schließen lasse, daß "ein künstlerischer Gestaltungswille den Gegenstand des Werkes (seinen geistig-seelischen Gehalt) in eine eigenwertige Form gebracht habe, und zwar ohne Rücksicht auf den Rang dieses Schaffensprozesses"¹⁸⁴⁾. Der erste Leiter der Bundesprüfstelle, Schilling, hat diese Auffassung später in ihrem Kern bekräftigt, indem er wiederum auf die künstlerische Absicht, deren Ehrlichkeit und Angemessenheit, nicht aber auf ihren Erfolg abgestellt hat¹⁸⁵⁾.

In ähnlicher Weise hat Potrykus¹⁸⁶⁾ eine Lösung versucht. Entscheidend dafür, ob eine Schrift der Kunst diene (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 GjS), sei "nicht der künstlerische Rang des Werkes ..., sondern der ... Umstand, ob in der Schrift überhaupt ein künstlerisches Streben überwiegend seinen Niederschlag gefunden hat"¹⁸⁷⁾.

Allerdings stellt sich die Frage, ob mit den genannten Versuchen, den Kunstvorbehalt des § 1 Abs. 2 Nr. 2 GjS weit zu interpretieren, überhaupt eine Definition des Kunstbegriffes in Art. 5 Abs. 3 GG beabsichtigt und erreicht ist. Denn der Kunstvorbehalt verlangt nur, daß die Schrift "der Kunst dient". Stein¹⁸⁸⁾ und Potrykus¹⁸⁹⁾

180) a.a.O. (179), S. 191.

181) Vgl. vor allem a.a.O. (179), S. 195 ff.

182) Anmerkung zu dem genannten Urteil, JZ 1959, S. 722.

183) Vgl. auch die sehr scharfe Kritik von Bauer, Staat und Sexus, in: Jugendgefährdend? littera Band 3, S. 11 f.

184) Vgl. OVG Münster, B. v. 18.11.1958, OVGE 14, 185 (193).

185) Über den sogenannten "Kunstvorbehalt" im Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, S. 2 ff. (4). Schilling hat damit an seiner schon früher vorgetragenen Meinung festgehalten, vgl. ders., Schmutz- und Schundgesetz, S. 181.

186) Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, § 1 Anm. 19 - S. 26.

187) Unter Berufung auf Erwin Stein, a.a.O. (182).

188) a.a.O. (182), S. 723.

189) a.a.O. (186).

weisen demgemäß auch darauf hin, daß ein Werk, welches der Kunst diene, nicht notwendig ein Kunstwerk sei.

Die Frage ist jedoch ein Scheinproblem. In Art. 5 Abs. 3 GG ist nicht dem Kunstwerk Freiheit garantiert, sondern der Kunst. Hierunter haben wir zunächst ein menschliches Bemühen zu verstehen, das auf die Erzeugung von Kunstwerken gerichtet ist, diese also erst hervorbringt¹⁹⁰⁾. Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, ein Produkt menschlicher Tätigkeit diene der Kunst, wenn es die Absicht erkennen lasse, ein Kunstwerk zu schaffen, ungeachtet dessen, ob diese Absicht gelungen sei, dann muß man auch die Tätigkeit als solche unter den Begriff "Kunst" fassen, sofern sie nur auf jenes hohe Ziel gerichtet ist. Wie wollte man sonst behaupten, auch ein mißlungenes Werk könne der Kunst dienen, da anders doch Kunst nur das erfolgreiche Tun wäre?

Von der zitierten Entscheidung des OVG Münster - es handelt sich um einen Beschluß des VII. Senats - sind nicht nur die angegebenen Autoren abgerückt; sie ist auch vom II. Senat desselben Gerichts in einem Urteil vom 3. Oktober 1961¹⁹¹⁾ erheblich eingeschränkt worden, und zwar auch hinsichtlich des verwendeten Kunstbegriffs, den der Senat ausdrücklich für problematisch erklärt. Trotzdem will er nicht expressis verbis davon abrücken, sondern begnügt sich mit einer Umdeutung: ein Kunstwerk müsse - das besage die Formel "Gestaltung eines geistig-seelischen Gehalts durch eine eigenwertige Form nach bestimmten Gesetzen" - nach Idee und Gestalt ein schöpferisches Ingenium erkennen lassen. Potrykus¹⁹²⁾ sieht in dieser Forderung zu Recht im wesentlichen eine Bestätigung seiner Ansicht, daß es letztlich nicht auf den Erfolg, sondern auf das Erkennbarwerden künstlerischen Strebens ankomme.

Alle Begriffsbestimmungen, die in Auseinandersetzung mit der ersten einschlägigen Entscheidung des OVG Münster¹⁹³⁾ versucht werden, erreichen Wertfreiheit dadurch, daß sie von einer wertbezogenen Definition ausgehen, aber vom Erreichen des Wertes absehen.

190) Vgl. oben S. 13.

191) RdJ 1962, S. 55; abgedruckt auch bei Schilling, Über den sogenannten "Kunstvorbehalt" im Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Anhang.

192) a.a.O. (186) S. 27.

193) B. v. 18.11.1958, OVG 14, 185.

Sie sind also im Aufbau dem in dieser Untersuchung vorgeschlagenen Definitionsversuch gleich. Der Unterschied zu ihnen besteht allein in der anderen Fassung der Begriffselemente, die dort zu unbestimmt gefaßt und mithin unbrauchbar erscheinen¹⁹⁴⁾.

Dieser Vorwurf ist auch gegenüber dem Versuch von Repertz¹⁹⁵⁾ zu erheben, der unter den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG (Kunstfreiheit) alle Betätigungen rechnet, "die eine Affinität zur künstlerischen Idee haben"¹⁹⁶⁾. Darunter wird eine Tätigkeit verstanden, die einen "objektivierten Gestaltungswillen" offenbart. Es komme nicht auf den Inhalt und den subjektiven Gestaltungswillen (Briefe und Tagebücher entbehrten eines solchen) an. Worin sich aber der Gestaltungswille objektiviert, bleibt offen, so daß der Versuch wiederum auf die Formel hinausläuft: Kunst ist künstlerische Betätigung.

Eine echte Begründung, warum Art. 5 Abs. 3 GG und in seinem Gefolge § 1 Abs. 2 Nr. 2 GJS einen wertfreien Kunstbegriff verwenden sollen, wird weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur gegeben. Ebenso wenig versuchen die Vertreter der gegenteiligen Meinung eine Begründung. Floskeln wie: Kunst sei "nur die wertvolle Kunst"¹⁹⁷⁾, oder Kunst seien nur "ernst zu nehmende Kunstwerke"¹⁹⁸⁾, sind nichts als unbewiesene Behauptungen. Und es ist auch nichts gewonnen, wenn man davon ausgeht, daß eine völlig wertfreie Auslegung des Begriffes "Kunst" der "allgemeinen Auffassung" widerspreche¹⁹⁹⁾.

d) Die Ansicht des OVG Münster

Auch die an sich sehr ausführliche Entscheidung des OVG Münster vom 18. November 1958²⁰⁰⁾ läßt die Frage unbeantwortet. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß das Gericht einen wesentlichen

194) Vgl. oben S. 15.

195) Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 97 ff.

196) a.a.O. (195), S. 98.

197) Riedel, Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, S. 76.

198) Becker-Seidel, Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, § 1 Anm.

199) So v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 40; ders., Die rechtliche, insbesondere die verfassungsrechtliche Seite der Selbstkontrolle, in: Selbstkontrolle von Presse, Funk und Film, S. 13.

200) OVG 14, 185.

Unterschied sieht zwischen dem in Art. 5 Abs. 3 GG verwendeten Begriff der Kunst und der Formulierung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 GjS, "eine Schrift, die der Kunst dient". Letzteres könne nur bedeuten, "daß die Schrift den Auftrag, der dem künstlerischen Schaffen gestellt ist, erfüllt, mit anderen Worten, daß die Schrift eine Bereicherung des künstlerischen Besitzes eines Volkes bedeutet"²⁰¹⁾. Nach der Meinung des OVG Münster stellt § 1 Abs. 2 Nr. 2 GjS strengere Anforderungen als Art. 5 Abs. 3 GG. Dies wiederum sei trotz der nicht an den Gesetzesvorbehalt gebundenen Freiheit der Kunst zulässig, weil in der Veröffentlichung eines Werkes zugleich eine Meinungsäußerung liege.

Durch diese Auslegung umgeht der Bescheid des Gerichts eine eingehende Auseinandersetzung mit der uns hier interessierenden Frage, ob der Kunstbegriff des Grundgesetzes wertfrei oder wertbezogen sei. Ohne dies ausdrücklich zu sagen, ist das Gericht zwar von einem wertbezogenen Begriff ausgegangen, wie sich außer in der Prüfung des betroffenen Romans, auf die bereits hingewiesen wurde²⁰²⁾, in der Ablehnung des "künstlerischen Gestaltungswillens" als maßgebendes Kriterium zeigt. Diese Ansicht kann allerdings nicht zu den tragenden Gründen des Bescheids gerechnet werden.

2. Lösungsvorschlag für Art. 5 Abs. 3 GG

Fehlt es demnach schon an befriedigenden Untersuchungen zur Frage der Wertbezogenheit des Begriffs "Kunst" in Art. 5 Abs. 3 GG, obwohl die Tragweite dieses Grundrechts immer wieder erörtert wird, so betritt man erst recht Brachland, wenn man diese Frage für die Förderungsversprechen der Länderverfassungen stellt.

Nachdem wir nunmehr vorschlagen können, wie der rechtlich relevante Begriff der Kunst definiert werden muß, ist im folgenden zu versuchen, die Frage seiner Wertbezogenheit zu klären. Das soll zunächst für Art. 5 Abs. 3 GG geschehen, anschließend für die genannten Bestimmungen der Landesverfassungen.

201) a.a.O. (200) S. 193.

202) Vgl. oben, S. 37.

a) Entstehungsgeschichte

Der einfache Satz, "Kunst ist frei", läßt eine Antwort auf die gestellte Frage auf Anhieb nicht erkennen. Auch die Entstehungsgeschichte dieser aus der Weimarer Verfassung, Art. 142 S. 1, übernommenen Bestimmung gibt keinen Aufschluß. Das Grundrecht der Freiheit der Kunst, ohne früheres Vorbild²⁰³⁾, scheint wie zufällig in die Verfassung geraten zu sein²⁰⁴⁾; es taucht in Art. 31 Abs. 1 des Entwurfs der Reichsverfassung auf²⁰⁵⁾, findet sich unverändert im abgeänderten Entwurf des 8. Ausschusses der Nationalversammlung als Art. 139 Abs. 1 wieder²⁰⁶⁾, nachdem es der Ausschuß nur weniger Worte für würdig befunden hatte²⁰⁷⁾. Einzig der Abgeordnete Ablaß²⁰⁸⁾ widmete der Kunst einige Sätze²⁰⁹⁾, die je-

- 203) Vgl. Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 13; Kitzinger, Artikel 142 Satz 1, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Band, S. 355.
- 204) Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 142 Anm. 1. Die Aufnahme in den Verfassungsentwurf geht wohl auf eine Anregung des preußischen Kultusministeriums zurück (vgl. die Angaben von Preuß in der 21. Sitzung des 8. Ausschusses am 3.4.1919, Verhdlg. der Verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Anlagen Nr. 391, S. 216). In diesem Fall liegt es nicht allzu fern, hier den Einfluß von C.H. Becker zu sehen; vgl. C.H. Becker, Die preußische Kunstpolitik und der Fall Schillings, in: Kulturverwaltung der zwanziger Jahre, S. 129. Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 16 f., hält die Aufnahme der Kunstfreiheit in Art. 142 WV für rein politisch motiviert; die Aufhebung hoheitlicher Unterdrückung habe vor allem den "engagierten" Künstlern zugute kommen sollen, welche weitgehend die Opposition gegen das politische Regime der Bismarckära angeführt hätten.
- 205) Vgl. Verhdlg. der Verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 335, Anlagen Nr. 59.
- 206) Vgl. Verhdlg., Band 336, Anlagen Nr. 391: Mündlicher Bericht des 8. Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs, S. 12.
- 207) Vgl. a.a.O. (206), S. 206. Die Erwähnung durch den Abgeordneten Gröber, (S. 208), durch Preuß (S. 216) und v. Harnack (S. 216/17) geschah beiläufig; der Ergänzungsvorschlag des Ausschußvorsitzenden Haußmann (S. 218) - von ihm stammt offenbar der Vorschlag, der zur Formulierung des Satzes 2 in Art. 142 WV führte (vgl. Abstimmungsprotokoll, a.a.O. (206), S. 230) - enthält ebenfalls keine Äußerung zu den Motiven einer Freiheitsgarantie für die Kunst.
- 208) Mitglied der Deutschen Demokratischen Partei.
- 209) a.a.O. (206), S. 223.

doch ebenfalls nicht einschlägig sind. Die Nationalversammlung hat auch in der 2. Beratung unserem Gegenstand keine Ehre erwiesen, sondern sich bei der Beratung des 4. Abschnitts im II. Teil des Verfassungsentwurfs auf die Diskussion der Schulprobleme beschränkt²¹⁰⁾; das gleiche trifft für die 3. Beratung zu²¹¹⁾.

Die Freiheit der Kunst ist auch wie selbstverständlich in das Grundgesetz aufgenommen worden, nachdem sie bereits im Herrenchiemseer Entwurf, Art. 15, enthalten war. Nähere Erörterungen darüber hat es, soweit bekannt, nicht gegeben²¹²⁾.

Daher versagt jeder Versuch einer historischen Interpretation²¹³⁾; sie liefert keine Gesichtspunkte für das Verständnis der Kunstfreiheit. Anhaltspunkte zur Lösung der Frage nach der Wertbezogenheit des in Art. 5 Abs. 3 GG normierten Kunstbegriffs lassen sich demnach nur aus der Problemlage selbst gewinnen²¹⁴⁾.

b) Die Bedeutung des Grundrechts

Der Text des Art. 5 Abs. 3 GG verweist so deutlich auf die institutionelle Seite dieses Grundrechts, daß hier eher Anlaß besteht, daneben seine individualrechtliche hervorzuheben. Auch das Grundrecht der Kunstfreiheit hat doppelten verfassungsrechtlichen Gehalt²¹⁵⁾.

210) Vgl. die Beratungen in der 60. Sitzung am 18.7.1919, Vhdlg. der Verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 328, Sten.Ber. S. 1673 ff.

211) Vgl. die Beratungen in der 71. Sitzung am 31.7.1919, a.a.O. (210), Band 329, Sten.Ber. S. 2161 ff.

212) Vgl. Doemming-Fußlein-Matz, Die Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR 1, S. 89 ff.

213) Vgl. Kitzinger, Artikel 142 Satz 1, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Band, S. 455 f.; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 142 Anm. 1. Auch Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 16 f., gibt kaum mehr als zeitgeschichtliches Kolorit.

214) Vgl. zur Methode Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20, S. 53 ff.; ferner Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 12.

215) Hierzu ausführlich Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 70 ff., mit weiteren Nachweisen; ferner v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. X 2b; Ridder, a.a.O. (213), S. 18 f.

Daß entgegen dem "zu kraftvoll und einfach"²¹⁶⁾ formulierten Wortlaut Subjekt des Individualrechts nicht das Abstraktum "Kunst", sondern nur der künstlerisch tätige Mensch sein kann²¹⁷⁾, versteht sich von selbst - "Kunst hängt am Künstler"²¹⁸⁾. Damit ist zugleich bezeichnet, worauf sich diese Freiheit bezieht. Frei ist der Künstler in seiner gesamten künstlerischen Tätigkeit²¹⁹⁾. Hier den Begriff der "künstlerischen Schöpfung"²²⁰⁾ zu verwenden, erscheint nicht angebracht, da das Schöpferische dem Genialen verwandt ist²²¹⁾ und insofern eine unangemessene Verengung des grundrechtlich geschützten Bereichs zu befürchten wäre.

Die Verfassung hat mit Art. 5 Abs. 3 GG nicht nur ein subjektives öffentliches Recht gegeben, sie hat damit zugleich einen Lebensbereich geordnet und gewährleistet²²²⁾, einen Bereich, in dessen eigengesetzliche Entwicklung der Staat zwar nicht oder jedenfalls möglichst wenig eingreifen soll²²³⁾, der aber zugleich in dieser seiner Eigengesetzlichkeit die Existenz des Staats mitbestimmt.

Es ist zu sehr simplifiziert und darum unrichtig, wenn Klein²²⁴⁾

216) Kitzinger, a.a.O. (213), S. 449. Vgl. auch Ridder, a.a.O. (213), S. 9.

217) Vgl. v. Mangoldt-Klein, a.a.O. (215); Hamann, Das Grundgesetz, Art. 5 Anm. 13; OVG Münster, B. v. 18.11.1958, OVGE 14, 185 (191).

218) Ridder, a.a.O. (213), S. 21.

219) Vgl. v. Mangoldt-Klein, a.a.O. (215): Erwin Stein, Anmerkung zu OVG Münster, B. v. 18.11.1958, JZ 1959, S. 722; OVG Münster, a.a.O. (217).

220) Vgl. Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 114; ähnlich Potrykus, Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, § 1, Anm. 19; ferner: Erwin Stein, a.a.O. (219); Ott, Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst, NJW 1963, S. 619.

221) Vgl. Ziegenfuß, Artikel: Kunst, Handwörterbuch der Soziologie, S. 326.

222) Vgl. Hesse, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17, S. 32; Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4, S. 46 ("normierte Sachgehalte").

223) Vgl. auch E. Charlotte Drescher, Höheres Interesse der Kunst im Sinne der Gewerbeordnung und der Nebengesetze, Annalen des Deutschen Reichs 1931, S. 325; Smend, a.a.O. (222), S. 57; Mallmann, Das Recht der Kunsthochschulen und die Freiheit der Kunst, in: Festschrift für Jahrreiss, S. 262, 264.

224) v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. X 2b.

den Sinn der institutionellen Seite des Grundrechts darin sieht, daß die "Kunst ... als solche durch den (einfachen) Gesetzgeber nicht abgeschafft werden" kann. Als ob ein Gesetzgeber, einschließlich des Verfassungsgesetzgebers, dekretieren könnte: "Die Kunst ist abgeschafft". Dies vermag er so wenig wie das Gegenteil²²⁵⁾. Nicht die Kunst als solche gewährleistet die Verfassung in Art. 5 Abs. 3 GG, sondern die freie Kunst als eigengesetzlichen Bereich, der dem Staat gegenüber autonom ist²²⁶⁾. Dies wiederum setzt die Freiheit des einzelnen Künstlers voraus; denn er unterliegt der Eingriffsmöglichkeit der "irdischen Autorität"²²⁷⁾.

c) Kunst bedeutet künstlerische Tätigkeit

Kunst meint nicht den in jedem Augenblick feststehenden, wenn auch sich ständig erweiternden Bereich der geschaffenen Kunstwerke. Nicht das, was schon vorhanden ist und also in Museen und Galerien sowie von Privaten zusammengetragen werden kann, macht das Wesen des grundrechtlich geschützten Lebensbereiches aus, sondern das menschliche Bemühen, "dem Chaos der Eindrücke eine Ordnung aufzuprägen"²²⁸⁾. Art. 5 Abs. 3 GG ordnet einen Bereich menschlicher Tätigkeit, der sich nach seinen eigenen Sachgesetzen verwirklicht, und gewährleistet damit zugleich die Freiheit des Einzelnen in seiner diesem Sachbereich zugeordneten Tätigkeit.

d) Künstlerische Tätigkeit ist Äußerung

Was macht das Wesen künstlerischer Tätigkeit aus? Häufig wird sie als Schöpfung²²⁹⁾, Gestaltung²³⁰⁾ verstanden, also mit dem Hervor-

225) Vgl. Beling, Kunstfreiheit und Rechtsbann, Festschrift Heinrich Wölfflin, S. 21 f.; Repertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 103.

226) Vgl. oben, S. 7. Dazu Beling, a.a.O. (225), S. 23, der die Korrelation zwischen individualrechtlicher und institutioneller Seite des Grundrechts der Sache nach deutlich erkannt hat. Vgl. auch E. Ch. Drescher, a.a.O. (223), S. 323; Repertz, a.a.O. (225), S. 90.

227) Vgl. Beling, a.a.O. (225).

228) Grassi, Kunst und Mythos, S. 115. Vgl. auch Hagemann, Der Film, S. 187 ("sinngabende Ordnung der Wirklichkeitselemente"); Schilling, Literarischer Jugendschutz, S. 22; ferner die oben, S. 18 Anm. 79, weiter genannten Autoren.

229) Vgl. Sedlmayr, Verlust der Mitte, S. 254: "Kunst besteht... in der Schöpfung einzelner Kunstwerke".

230) Vgl. Baumeister, Das Unbekannte in der Kunst, S. 51: "Das Künstlerische, das im Gestaltgeben liegt..."; ferner die oben, S. 15 Anm. 50 Genannten.

bringen von Kunstwerken gleichgesetzt²³¹⁾. Das ist zu eng. Zwei Einwände, von unterschiedlichem Gewicht, sind dagegen zu erheben.

Zum einen ist klarzustellen, daß zur künstlerischen Tätigkeit gewiß auch das Wirken des ausübenden Künstlers zu rechnen ist²³²⁾. Seine Tätigkeit kann man indessen als eine besondere Form der Gestaltung - sie ist ja nicht bloße Reproduktion - auffassen, und deshalb wird hier die genannte Umgrenzung noch nicht notwendig gesprengt.

Das geschieht erst durch die zweite Erwägung: Künstlerische Tätigkeit ist nicht nur die Gestaltung eines Stoffes, sondern Darstellung der menschlich bedeutsamen Wirklichkeit in dem oben²³³⁾ ermittelten Sinne, in anderen Versuchen auch "Offenbarung" oder "Verkündung einer Wahrheit"²³⁴⁾. Auf das Wort kommt es hier nicht an. Der wesentliche Punkt ist die Beziehung zu einem anderen Individuum, welche in "Darstellung" genauso liegt wie - da noch deutlicher - in "Offenbarung" oder "Verkündung". Diese Beziehung ist ein Wesenselement der Kunst²³⁵⁾. Man wird dem Wesen der Kunst nicht gerecht, wenn man sich vorstellt, die künstlerische Tätigkeit bestehe allein in der Herstellung des Werkes. Dessen Weitergabe oder Verbreitung, der Vorgang, durch den es Dritten zugänglich wird, sei etwas davon zu Trennendes²³⁶⁾.

Ein Kunstwerk ist nicht denkbar ohne die Existenz wenigstens eines

231) So wohl auch Kitzinger, Artikel 142 Satz 1, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Band, S. 508, wenn er meint, als freie Kunst sei "jede künstlerische ... Leistung" anzusehen. Leistung setzt etwas Erreichtes voraus.

232) Wir haben das bereits oben (S.22) festgelegt. Der Grund dafür ist darin zu sehen, daß viele Kunstwerke, etwa musikalische Werke, Ballettstücke, erst durch den ausübenden Künstler zu echtem Leben erweckt werden, andere, etwa Dramen, ohne ihn jedenfalls zu einem Schattendasein verurteilt wären.

233) Vgl. S. 15 f.

234) Vgl. etwa Horst, Der Auftrag der Kunst, in: Schicksalsfragen der Gegenwart, 5. Band, S. 137.

235) Vgl. Henze, Die zweite Hälfte der Kunst, Kulturarbeit 1962, S. 61; Ropertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 103 f.; Linfert, Kultur ist keine Sache für sich, in: Staat und Kunst, S. 29.

236) So aber OVG Münster, B. v. 18.11.1958, OVGE 14, 185; dagegen mit Recht OVG Münster, Urt. v. 3.10.1961, RdJ 1962, S. 55.

einzigsten Menschen²³⁷⁾. Der Gegenstand als solcher wäre zwar auch in diesem Fall vorhanden, aber da niemand seinen Wert erleben könnte, wäre es ein wertloser Gegenstand, also eben kein Kunstwerk²³⁸⁾. Das ist im Fall der Tonkunst besonders evident; denn von den Tönen ist ohne einen Hörer "eigentlich nichts da als die Schwingungszahl"²³⁹⁾. Schafft ein Künstler ein Kunstwerk, so muß er demnach notwendigerweise voraussetzen, daß es wenigstens von einem Menschen wahrgenommen, erlebt wird. Gewiß, dieser eine könnte er selbst sein, und große Künstler haben öfters behauptet, ihr Schaffen entspringe einem Zwang, der den Mitmenschen nicht voraussetze²⁴⁰⁾. Mancher hat auch sein ganzes Werk oder Teile davon zeitlebens niemandem zugänglich gemacht. Aber damit ist nichts bewiesen. Nicht nur ist zu berücksichtigen, daß es sich um Ausnahmen handelt, sondern man muß in allen Fällen auch annehmen, daß solche Künstler aus mannigfachen Motiven sich wohl ihrer Mitwelt, keineswegs jedoch ihrer Nachwelt versagen wollten, so daß es ihnen letztlich eben doch um die Botschaft ihrer Kunst an andere ging²⁴¹⁾.

Das zeigt auch eine Überlegung anderer Art: Der Künstler drückt sich in seinem Werk immer bis zu einem gewissen Grad selbst aus; er bannt sozusagen ein Stück seines Ichs in das Kunstwerk. Daher läßt sich das Werk nicht von seinem Schöpfer trennen. Es muß daher zumindest fraglich erscheinen, ob der Künstler selbst jenes menschliche Individuum sein kann, welches den Gegenstand zu einem Kunstwerk macht. Denn er kann es als Teil seiner selbst nicht erleben, so wenig, wie der Mensch sich selbst erleben kann. Von daher liesse sich deduzieren, daß der Künstler als derjenige, der zum Vorhandensein des Kunstwerkes wesensnotwendig ist, auszuschließen sei.

Bleiben wir im empirischen Bereich, so läßt sich mit Sicherheit sagen, daß im Regelfall das Kunstwerk sich an andere Menschen wenden will. So ist mit Recht bemerkt worden, Kunst wolle Sympathie

237) Das gilt jedenfalls für die nicht mehr von magischen Vorstellungen beherrschten Zeitalter und damit zumindest seit der griechischen Kunst. Vgl. Henze, a.a.O. (235).

238) Vgl. Pinder, Von den Künstlern und der Kunst, S. 175 f.; Roh, Der verkannte Künstler, S. 361.

239) Pinder, a.a.O. (238).

240) Vgl. Roh, a.a.O. (238), S. 398; Henze, a.a.O. (235).

241) Daß in frühen geschichtlichen Epochen der andere auch ein Gott sein konnte, darauf hat Pinder, a.a.O. (238), S. 61 f., hingewiesen.

hervorrufen²⁴²⁾, Kunst wolle etwas zeigen²⁴³⁾ oder offenbaren²⁴⁴⁾, ein Kunstwerk wolle herausfordern²⁴⁵⁾, etwas ausdrücken, was anderen Menschen zum Erlebnis werden solle²⁴⁶⁾, der Künstler beabsichtige eine Aussage²⁴⁷⁾. Nur so läßt sich auch begründen, daß die Unterhaltung eine der Wurzeln der Kunst sei²⁴⁸⁾ und daß die Kunstsoziologie Kunst als ein Kommunikationssystem bezeichnet²⁴⁹⁾.

Das Wesen der künstlerischen Tätigkeit, die in Art. 5 Abs. 3 GG mit dem Wort "Kunst" gemeint ist, ist Schaffen und Zeigen. Frei ist also die Kunst nur dann, wenn der Künstler nicht nur frei schaffen, gestalten, sondern auch frei zeigen, veröffentlichen kann²⁵⁰⁾.

e) Kritik am Urteil des OVG Münster (OVGE 14, 185)

Das hat das OVG Münster in seiner Entscheidung vom 18. November 1958 sehr klar ausgesprochen²⁵¹⁾. Daß die hierfür gegebene etymologische Begründung falsch ist²⁵²⁾, ändert daran nichts. Das Ge-

242) Guyau, Die Kunst als soziologisches Phänomen, S. 107 (dabei ist Sympathie als Gefühl gegenüber dem Kunstwerk gemeint).

243) Sedlmayr, Verlust der Mitte, S. 213.

244) Taine, Philosophie der Kunst, S. 38.

245) v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 44 f. Vgl. auch Hagelstange, Chancen und Gefahren der modernen Kunst, in: für Kunst und Stadt, S. 31.

246) Hagemann, Der Film, S. 182.

247) Schilling, Über den sogenannten "Kunstvorbehalt" im Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, S. 4.

248) Löffler, Presserecht, § 9 RPrG Anm. 17 - S. 179;

Potrykus, Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, § 1 Anm. 19 - S. 26.

249) Watson, Kunst, Künstler und soziale Kontrolle, S. 16.

250) Vgl. Erwin Stein, Anmerkung zu OVG Münster, B. v. 18.11. 1958, JZ 1959, S. 721; im Ergebnis übereinstimmend Roellenbleg, Die Rechtsstellung der Filmbewertungsstelle, S. 141; unrichtig Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 114: Kunst bedeute im wesentlichen den Schöpfungsvorgang, während die künstlerische Meinungsäußerung mit der Meinungsäußerung grundsätzlich gleichgestellt werde. Ähnlich versuchte Schrieber, Die Reichskulturkammer, S. 25, zu begründen, daß die künstlerische Freiheit im Dritten Reich nicht behindert werde.

251) OVGE 14, 185, insbes. Leitsatz 2 und S. 194.

252) Vgl. oben, S.14.

richt hat jedoch seine Erkenntnis in den Verdacht gebracht, blosses Lippenbekenntnis zu sein, indem es in der Sache gerade widersprechende Konsequenzen gezogen hat²⁵³⁾. Ansatzpunkt dafür ist das Verhältnis von Meinungsäußerung und Kunst. Das Gericht will im künstlerischen Zeigen - wenn der Künstler das von ihm geschaffene Werk vor die Öffentlichkeit bringt²⁵⁴⁾ - "zugleich eine Meinungsäußerung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 GG ... erblicken". Das bedeutet dann aber auch: eine Meinungsäußerung, die nach Art. 5 Abs. 2 GG eingeschränkt werden kann. Die Vorstellung, künstlerische Tätigkeit könne sich auf Gestaltung im stillen Kämmerlein beschränken, darauf verzichten, das Geschaffene zu zeigen, ist das Trojanische Pferd zur Überrumpelung der so schneidigen Freiheit, die das Grundgesetz der Kunst gewährt²⁵⁵⁾.

Als Meinung wird der "Gehalt" des Werkes angesehen, so daß der jugendgefährdende Gehalt die Beschränkung der Verbreitung rechtfertigen kann. Dagegen soll die Gestaltung des Gehalts ausschließlich unter dem Blickwinkel des Art. 5 Abs. 3 GG zu beurteilen sein. Diese sonderbare begriffliche Trennung von Gehalt und Gestaltung eines Werkes - eine Neuauflage des uralten künstlerischen Problems von Inhalt und Form - ist zu Recht kritisiert worden²⁵⁶⁾; denn hier wird eine Einheit auseinandergerissen. Das zeigt sich schon an der gekünstelten Form der Unterscheidung: Der Gehalt, auch der "Schlüssel" zu dem betroffenen Roman, soll in der gewiß oberflächlich wirkenden Selbstrechtfertigung des Helden liegen, der nach einer fünfjährigen "Kaperfahrt durch die Damenwänsche"²⁵⁷⁾ im Kern unangetastet "zur Besinnung kommt"²⁵⁸⁾. Nicht die Fabel, sondern nur diese vom Gericht herausdestillierte Idee soll den Gehalt des Werkes ausmachen. Die Fabel, der Lebenslauf des Helden, rechnet nach der Meinung des Gerichts ebenso wie die

253) Vgl. hierzu die Bemerkungen von Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 10, über die Methoden, die Freiheit der Kunst zu "umlaufen".

254) a.a.O. (251), S. 192.

255) Bezeichnenderweise ist dieses Argument im Dritten Reich zur Behauptung unangetasteter Kunstfreiheit verwendet worden. Vgl. Schrieber, a.a.O. (250).

256) Vgl. v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 39. Zum Problem vgl. Hagemann, Der Film, S. 102.

257) Das Urteil zitiert hier aus dem Roman: Siegfried Sommer, Meine 99 Bräute, München-Wien-Basel 1957, S. 368.

258) Gemeint ist S. 374 f. des Romans (a.a.O. - 257).

Sprache zur Gestaltung. Hätte der Held das Gespräch zu seiner Rechtfertigung nicht geführt, hätte er gar die Grunderkenntnis seiner Umkehr, welche durch seine Rechtfertigung vielleicht auch bloß verschleiert wird²⁵⁹⁾, deutlich ausgesprochen, die Umkehr sozusagen erläutert, dann hätte das Gericht einen ganz anderen Gehalt finden und diesen dann als nicht jugendgefährdend beurteilen müssen. Vielleicht!

Da die Verfassung die Freiheit der Kunst gewährt, ohne sie dem (einfachen) Gesetzgeber zur Disposition zu stellen²⁶⁰⁾, muß man mit dieser Freiheit Ernst machen. Sie kann nicht eingeschränkt werden, sie ist lediglich in sich selbst begrenzt²⁶¹⁾. Eine Beschränkung der Veröffentlichung dessen, was der Künstler geschaffen hat, schränkt die Freiheit des Künstlers ein²⁶²⁾. Gerade das verbietet Art. 5 Abs. 3 GG. Wird in einem Kunstwerk eine Meinung geäußert, was keineswegs immer der Fall ist²⁶³⁾, so befreit sie ihre Eigenschaft als Kunst von den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG²⁶⁴⁾.

Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob das OVG Münster²⁶⁵⁾ mit seiner Meinung, die Qualifizierung als Meinungsäußerung und die als Kunstwerk schlössen sich nicht aus, recht haben kann. Das Bundesverwaltungsgericht²⁶⁶⁾ scheint der gegenteiligen Ansicht zu

259) Auf diese Möglichkeit der Interpretation hat Erwin Stein, Anmerkung zu OVG Münster v. 18.11.1958, JZ 1959, S. 723 f., wohl zu Recht hingewiesen. Ähnlich Schilling, Literarischer Jugendschutz, S. 32.

260) Die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG gelten nicht für seinen Absatz 3. Vgl. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. X 6; Hamann, Das Grundgesetz, Art. 5 Anm. 13; Wernicke im Bonner Kommentar, Art. 5 Anm. II 3c; Potrykus, Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, § 1 Anm. 19; Schilling, a.a.O. (259), S. 14 f.; E. Stein, a.a.O. (259), S. 721; BVerwG, Urt. v. 21.12.1954, BVerwGE 1, 303 (307).

261) Vgl. dazu v. Mangoldt-Klein, a.a.O. (260), Art. 5 Anm. X 2 und 6 sowie Vorbem. B XV 1b und 2; E. Stein, a.a.O. (259). Vgl. im übrigen unten, S. 174 ff.

262) Vgl. auch Kalb, Der Jugendschutz bei Film und Fernsehen, S. 42; Maetzel, Jugendschutz und Geistesfreiheit, MDR 1955, S. 263; OVG Münster, Urt. v. 3.10.1961, RdJ 1962, S. 55.

263) Vgl. v. Hartlieb, a.a.O. (256), S. 38.

264) So auch Roepertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 104 ff.

265) B. v. 18.11.1958, OVGE 14, 185 (192).

266) Urt. v. 21.12.1954, BVerwGE 1, 303 (305).

sein, indem es die Wiedergabe einer erdachten Handlung ohne ausdrückliche eigene Stellungnahme nicht als Meinungsäußerung, sondern nur als Erzeugnis der Kunst ansieht. In dieser Entscheidung bleibt es allerdings offen, welche Konsequenz das Gericht zöge, wenn in der künstlerischen Äußerung eine bewußte Stellungnahme enthalten wäre.

Maunz²⁶⁷⁾ wiederum, auf den sich das OVG Münster²⁶⁸⁾ beruft, will alle Darstellungen unterhaltenden Charakters als Meinungsäußerungen begreifen, um ihre Verbreitung durch allgemeine Gesetze einschränkbar zu machen, was bei Kunstschöpfungen nicht möglich wäre²⁶⁹⁾.

Da der künstlerischen Tätigkeit, zu der, wie gezeigt, auch das Veröffentlichen des Geschaffenen gehört, in Art. 5 Abs. 3 GG ein weitergehender Schutz gewährt ist als der Meinungsäußerung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG²⁷⁰⁾, verstößt es gegen die Verfassung, wenn die Veröffentlichung eines Kunstwerkes als Meinungsäußerung beschränkt wird. Selbst wenn darin ein Akt der Meinungsäußerung zu sehen wäre, was begrifflich möglich erscheint²⁷¹⁾, unterliegt

267) Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 21.12.1954, BayVB1. 1955, S. 216.

268) a.a.O. (265).

269) An anderer Stelle - Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 485 - will Maunz dagegen Art. 5 Abs. 2 GG auch auf Art. 5 Abs. 3 GG anwenden, weil dies "die bessere Lösung" (gegenüber dem Urteil des BVerwG v. 21.12.1954) sei.

270) Vgl. Erwin Stein, Anmerkung zu OVG Münster, B. v. 18.11.1958, JZ 1959, S. 721.

271) A.A. Erwin Stein, a.a.O. (270), S. 722. Seine Behauptung, daß der Künstler erkennbar keine bestimmte Stellung zu irgendwelchen Problemen beziehe, ist zumindest anfechtbar, wie die Beispiele Goya (z.B. Desastres de la guerra), George Grosz (z.B. seine zahlreichen Bilder über den Krieg) ebenso zeigen wie etwa Schillers "Räuber". Im übrigen hat sich Stein nicht ganz zu Recht auf das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 1, 303) berufen, denn dort findet seine These in dieser Allgemeinheit keine Stütze. - Vgl. zur Frage der Tendenz in der Kunst Baumeister, Das Unbekannte in der Kunst, S. 112. - Wie hier: v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 38, der allerdings die Entscheidung des OVG Münster vom 18.11.1958 (OVGE 14, 185) mißversteht: die Entscheidung geht n i c h t davon aus, daß in jedem Kunstwerk eine Meinungsäußerung zu erblicken sei. - Vgl. ferner Ridder, Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 268 (Kunst ein Unterfall der privaten Meinungsäußerung).

dieser Vorgang doch nur der Norm des Art. 5 Abs. 3 GG²⁷²⁾). Entgegen der Ansicht des OVG Münster hebt die künstlerische Gestaltung auch die Meinungsäußerung in den freieren Bereich der Kunst und nicht umgekehrt.

f) Ergebnis

Das Verständnis des Wortes "Kunst" in Art. 5 Abs. 3 GG als künstlerische Tätigkeit oder Tätigkeit des Künstlers enthält den Schlüssel zur Frage nach der Wertbezogenheit des Kunstbegriffes. Das künstlerische Schaffen beginnt wie alles menschliche Tun zunächst als ein Versuch, der gelingen oder mißlingen kann. Frei soll der Künstler nach dem Willen der Verfassung schon in diesem Versuch sein, zu einem Zeitpunkt also, in dem das Gelingen noch völlig in Frage gestellt ist. Denn es ist für die Chance des Gelingens gerade wesentlich, daß der Versuch in Freiheit unternommen wird.

Wollte man die Freiheit der Kunst an den Nachweis des Gelingens knüpfen, so würde sie zu spät einsetzen. Darum muß der Kunstbegriff des Grundgesetzes wertfrei in dem Sinne sein, daß es nicht darauf ankommt, ob das Kunstwerk als Ergebnis künstlerischer Tätigkeit gelungen ist, ob es zur Kunst "in des Wortes höchster Bedeutung"²⁷³⁾ geworden ist²⁷⁴⁾.

Diese These bedarf folgender Ergänzungen:

In der Diskussion um den rechtlich relevanten Begriff der Kunst wird oft geltend gemacht, völlig wertfrei könne er nicht verstan-

272) A. A. wohl auch Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4, S. 21: Art. 118 Abs. 2 WV werde in Art. 142 hineingenommen.

273) RG, Urt. v. 22.11.1904, RGSt 37, 315.

274) Im Ergebnis ebenso: E. Charlotte Drescher, Höheres Interesse der Kunst im Sinne der Gewerbeordnung und der Nebengesetze, Annalen des Deutschen Reichs 1931, S. 325 f.; Potrykus, Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, § 1 Anm. 19; Roepertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 98 ff.; Schilling, Über den sogenannten "Kunstvorbehalt" im Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, S. 3 f.; BVerwG, Urt. v. 21.12.1954, BVerwGE 1, 303; wohl auch Roellenbleg, Die Rechtsstellung der Filmbewertungsstelle, S. 140. A. A. v. Hartlieb, Die rechtliche, insbesondere die verfassungsrechtliche Seite der Selbstkontrolle, in: Selbstkontrolle von Presse, Funk und Film, S. 13; OVG Münster, B. v. 18.11.1958, OVGE 14, 185; LG Hamburg, Urt. v. 31.7.1962, NJW 1963, S. 675.

den werden, denn es müsse ja eine untere Grenze gehalten werden, jenseits welcher der Bereich der Nicht-Kunst oder "Unterkunst" beginne²⁷⁵⁾. Dies hat man auch etwa dem "Sünderin"-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts²⁷⁶⁾ entgegengehalten. Daran ist richtig, daß eine solche Begrenzung nach unten möglich sein muß, wenn der Begriff einen Sinn haben soll²⁷⁷⁾. Und richtig ist auch, daß das Bundesverwaltungsgericht ein unbrauchbares Kriterium der Abgrenzung verwendet hat²⁷⁸⁾.

Wir glauben jedoch, daß der hier unternommene Versuch einer Definition des juristischen Kunstbegriffs die Grenze nach unten deutlich zieht, wenngleich es unleugbar im Einzelfall immer schwierig sein kann zu entscheiden, ob die Grenze überschritten ist oder nicht. Es gibt offenbar den Rechenschieber nicht, der den Richter instand setzen würde, mit mathematischer Exaktheit die Frage zu entscheiden: Ist das hier Kunst?²⁷⁹⁾

Diese Tatsache nötigt den Staat, Gesetzgeber, Exekutive und Richter, zur Zurückhaltung, nicht im Sinne einer Indifferenz gegenüber dem Bereich der Kunst²⁸⁰⁾, sondern als Ausdruck der Toleranz gegenüber diesem eigenständigen Lebensbereich, den die Verfassung verbürgt²⁸¹⁾. Wo hinter menschlichem Bemühen der echte Wille sichtbar wird, die Wirklichkeit in ihrer Bedeutung für den Menschen darzustellen durch Umsetzung in Symbole, die nach formalen Gesetzen in eine durch die künstlerische Idee bestimmte Ordnung gebracht werden, da greift das Grundrecht der Kunstfreiheit ein, mag das Bemühen am Ende scheitern oder gelingen. Die echte künstlerische

275) Vgl. OVG Münster, Urt. v. 3.10.1961, RdJ 1962, S. 55; Becker-Seidel, Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, § 1 Anm.; Hermann Riedel, Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, § 1/2 Anm. 5b.

276) Urt. v. 21.12.1954, BVerwGE 1, 303.

277) Es geht dabei aber um eine "Art-, nicht eine Wertgrenze" (E. Charlotte Drescher, a.a.O. (274)).

278) Vgl. dazu oben, S. 32 ff.

279) Vgl. VGH Kassel, Urt. v. 28.2.1962, DVBl. 1962, S. 605, wo das sehr klar ausgedrückt ist.

280) Unrichtig daher die These von Roellenbleg, Die Rechtsstellung der Filmbewertungsstelle, S. 140: "Die Bestimmung, was Kunst ist, ist keine richterliche Aufgabe". Vgl. dagegen E. Charlotte Drescher, a.a.O. (274), S. 325 f.

281) Vgl. Erwin Stein, Anmerkung zu OVG Münster, B. v. 18.11.1958, JZ 1959, S. 723; Beling, Kunstfreiheit und Rechtsbann, S. 24.

Absicht, ernst oder heiter, qualifiziert menschliches Tun als Kunst im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG²⁸²⁾.

Hiergegen sticht der Einwand, Kunstwerke könnten auch absichtslos entstehen²⁸³⁾, nicht, weil es abwegig wäre, sich die Entstehung eines Kunstwerkes so vorzustellen, als ob der Künstler beschlösse, wieder einmal ein Kunstwerk zu schaffen. "Das Schöpferische entsteht absichtslos"²⁸⁴⁾. Künstlerischer Wille bedeutet nicht die Absicht, Kunst zu produzieren, sondern den Willen zur Darstellung im genannten Sinne. Darum kann auch in einem Tagebuch oder in einem Brief dieser künstlerische Wille sich ausdrücken.

3. Exkurs: Praktische Konsequenzen des Ergebnisses

Zum Abschluß dieses Teils soll die Frage gestellt werden, welches die praktischen Konsequenzen des hier unternommenen Versuchs sind, den Begriff "Kunst" in Art. 5 Abs. 3 GG zu bestimmen, weicht er doch von mancher anderen Definition erheblich ab.

a) Im Bereich des literarischen Jugendschutzes

Im Bereich des literarischen Jugendschutzes, wie ihn das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften regelt, hat der Gesetzgeber das Grundrecht der Kunstfreiheit ausdrücklich in die spezialgesetzliche Regelung übernommen. Auch eine Schrift, die man als jugendgefährdend ansehen muß, kann den Beschränkungen des Gesetzes nicht unterworfen werden, wenn sie der Kunst dient (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 GjS). Eine Schrift dient der Kunst, wenn sie einen echten Versuch zur Darstellung in dem genannten Sinne bedeutet; dann ist jede Beschränkung ihrer Veröffentlichung verboten.

Im Ansatz entspricht diese Auffassung der Praxis der Bundesprüfstelle²⁸⁵⁾, wie sie gegen das OVG Münster²⁸⁶⁾ von einigen Autoren

282) Vgl. Schilling, a.a.O. (274), S. 3 f.; ders., Literarischer Jugendschutz, S. 24; Potrykus, a.a.O. (274).

283) So OVG Münster, B. v. 18.11.1958, OVGE 14, 185 (193).

284) Baumeister, Das Unbekannte in der Kunst, S. 133; vgl. auch E. Stein, a.a.O. (281).

285) Vgl. Schilling, Über den sogenannten "Kunstvorbehalt" im Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, S. 2 ff.

286) B. v. 18.11.1958, OVGE 14, 185.

verteidigt wird²⁸⁷⁾. Die Praktikabilität dieser Ansicht, welche das ungemein schwierige Urteil über den Wert eines Kunstwerkes vermeidet, dürfte durch die präzisere Fassung des Kunstbegriffes, wie sie hier versucht wird, nur verbessert werden.

b) Im Bereich des Strafrechts

Konfliktsfälle ergeben sich im Strafrecht beim Vergehen der Gotteslästerung nach § 166 StGB und bei den Vergehen nach den §§ 184 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie 184a StGB. Auch hier muß gelten, daß Kunst nicht strafbar sein kann. Der echte künstlerische Versuch entrückt jedes Motiv der Sphäre des Unzüchtigen²⁸⁸⁾; die Prüfung, welche die frühere Rechtsprechung in diesen Fällen angestellt hat, ob "durch die künstlerische Form der Stoff derart veredelt, durchgeistigt oder verklärt wird, daß für das natürliche Gefühl die sinnliche Empfindung durch die interesselose Freude an der künstlerischen Gestaltung zurückgedrängt wird"²⁸⁹⁾, ist verfehlt²⁹⁰⁾. Denn diese Frage ist beantwortet, wenn man ein Werk als Ergebnis künstlerischer Tätigkeit ansieht. Daher ist es zumindest mißver-

287) Vgl. E. Stein, a.a.O. (281), S. 720 ff.; Potrykus, Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, § 1 Anm. 19; Hamann, Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster vom 18.11.1958, NJW 1959, S. 1890 f.; wohl auch v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 37 ff. Ausdrückliche Billigung hat die Entscheidung des Gerichts kaum gefunden, sieht man vom Volkswartbund ab (Hinsweise bei Potrykus, a.a.O.).

288) Vgl. hierzu die sehr treffenden Bemerkungen von J. Kohler, Besprechung von J. Lazarus, Das Unzüchtige und die Kunst, sowie R. Wolff, Was ist unzüchtig? Was ist unsittlich? Was ist normal? GoldtArch. 1910, S. 418; ähnlich Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4, S. 23; aber auch Marcuse, obszön, insbes. S. 43 f., der diese Ansicht mit geistvoller Polemik bekämpft - für die Freiheit der Kunst von jedem moralischen Urteil. A.A. ferner Kitzinger, Artikel 142 Satz 1, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Band, S. 469.

289) KG, Urt. v. 27.4.1929, DJZ 1929, Sp. 1553; vgl. auch RG, Urt. v. 6.11.1893, RGSt 24, 365; Urt. v. 22.11.1904, RGSt 37, 315; Urt. v. 13.10.1921, RGSt 56, 175. So im wesentlichen heute noch Leiss, Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafwürdigkeit einer Handlung, NJW 1962, S. 2323 ff. (2325).

290) Vgl. zur Kritik Ott, Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst, NJW 1963, S. 617 ff. (619).

ständig, wenn man annimmt, Kunst könne unzünftig sein²⁹¹). Hier steht noch immer die Vorstellung von "niederer" und "höherer" Kunst Pate.

Es ist gewiß schon ein Fortschritt, daß die Gerichte für die Entscheidung der Frage, "ob ein Kunstwerk Einrichtungen oder Gebräuche einer christlichen Kirche beschimpft"²⁹²) oder "ob ein Kunstwerk unzünftig ist"²⁹³), nicht mehr das Verständnis des sog. Durchschnittsmenschen, des "vielbespöttelten homunculus normalis"²⁹⁴), bemühen²⁹⁵), sondern auf den Eindruck abstellen, den ein "künstlerisch aufgeschlossener oder zumindest um Verständnis bemühter" Mensch von dem Werk hat²⁹⁶). Das ist ein Schritt weg von der Lieschen-Müller-Maxime des Reichsgerichts in Richtung auf eine sachverständigere Betrachtung, die angesichts der Moderne unabdingbar war²⁹⁷). Indessen ist es letztlich nur ein halber Schritt. Denn die künstlerische Aufgeschlossenheit des Laien bezieht sich ja nicht auf das Merkmal des Unzüchtigen, sondern auf das Merkmal des Künstlerischen²⁹⁸). Es wäre nur folgerichtig, wenn sich die Gerichte dazu durchringen könnten, Kunstwerke schlechthin als nicht unzünftig anzuerkennen. Das würde allerdings die im Einzelfall vielleicht größere Mühe mit sich bringen, ein sachverständiges Urteil über die Kunsteigenschaft eines Werkes zu gewinnen.

Daß es sich nicht um Kunst handelt, wenn unter ihrem Deckmantel unkünstlerische Zwecke, etwa Gotteslästerung, Unzucht, Beleidigung, Aufforderung zum Hochverrat, verfolgt werden, bedarf keiner näheren Erläuterung²⁹⁹). Wenn es primär um Stellungnahme und

291) So LG Hamburg, Urt. v. 31.7.1962, NJW 1963, S. 675.

292) BGH, Urt. v. 23.6.1961, GoldtArch. 1961, S. 240.

293) LG Hamburg, a.a.O. (291).

294) Kitzinger, a.a.O. (288); vgl. auch Rothenbücher, Bemerkungen zu zwei Urteilen des Thüringischen OVG, VerwArch. 36, S. 247.

295) So etwa RG, Urt. v. 27.2.1930, RGSt 64, 121, im Strafverfahren gegen den Maler G. Grosz wegen Gotteslästerung.

296) Vgl. BGH, a.a.O. (292); LG Hamburg, a.a.O. (291); dazu auch Schilling, Literarischer Jugendschutz, S. 22.

297) Vgl. Buchholz, Wann ist Kunst unzünftig? in: Sexualität und Verbrechen, S. 326 ff.

298) Das übersieht Ott, a.a.O. (290), S. 618, trotz des zutreffenden Ausgangspunktes bei der Beurteilung der neuen Rechtsprechung.

299) Vgl. Erwin Stein, Anmerkung zu OVG Münster, B. v. 18.11.1958, JZ 1959, S. 722.

nicht um Darstellung geht, dann ist die Grenze der Kunst überschritten.

c) Im Bereich des Jugendschutzes bei Filmen

Die verbreitete Diskussion um das Verhältnis von Freiheit der Kunst und Jugendschutz³⁰⁰⁾ nötigt schließlich zu einer Erörterung, ob etwa die Belange des Jugendschutzes zu einer Einschränkung der Freiheit der Kunst führen. Dabei ist davon auszugehen, daß zwar Kunstwerke nicht unzüchtig, wohl aber jugendungeeignet bzw. jugendgefährdend sein können³⁰¹⁾, was im Bereich der Literatur und des Films besonders deutlich wird.

Während Maßnahmen nach dem Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften gegen Werke der Kunst gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 GJS unzulässig sind, hat das Jugendschutzgesetz³⁰²⁾ die Regelung des § 6 nicht in ähnlicher Weise eingeschränkt, so daß die oberste Landesbehörde auch einen Film, welcher als ein Erzeugnis künstlerischer Tätigkeit anzusehen ist, mit einer Beschränkung gemäß § 6 Abs. 2 JSchG belegen könnte. Sie stützt sich bei ihrer Entscheidung auf die Prüftätigkeit der Ausschüsse der Freiwilligen Selbstkontrolle³⁰³⁾ als gutachtliche Grundlage³⁰⁴⁾.

300) Vgl. Schilling, Literarischer Jugendschutz, S. 11 f. mit weiteren Nachweisen; ferner: Kalb, Der Jugendschutz bei Film und Fernsehen, S. 43 ff.; Potrykus, Jugendschutzgesetz, § 6 Anm. 3.

301) Vgl. Schilling, a.a.O. (300), S. 15.

302) Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit, in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 27.7.1957 (BGBl. I, S. 1058).

303) Zur Tätigkeit der Freiwilligen Selbstkontrolle vgl. Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes; Keim, Die freiwillige Selbstkontrolle der deutschen Filmwirtschaft, Kulturarbeit 1949, S. 193 ff.; ders., Die Krise der "Freiwilligen Selbstkontrolle der Filmwirtschaft", Kulturarbeit 1952, S. 5 f.

304) Vgl. § 1 Ergänzung der Grundsätze der FSK im Hinblick auf das Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit in der Fassung vom 27. Juli 1957 (BGBl. I, S. 1058), vom 9.6.1961, abgedruckt bei Potrykus, a.a.O. (300), Anhang 137. Diese Regelung treffen alle Durchführungsvorschriften der Länder, vgl. z.B. Baden-Württemberg: Bekanntmachung des Innenministeriums und des Kultusministeriums zur Durchführung des Gesetzes zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit vom 25.11./11.11.1958 (GABl., S. 448).

Man könnte fragen, ob die Nichtfreigabe eines künstlerischen Spielfilms zur öffentlichen Vorführung vor Jugendlichen und Kindern eine Einschränkung der Freiheit der Kunst darstelle, weil die Verbreitung des betroffenen Filmkunstwerkes nur geringfügig³⁰⁵⁾ oder überhaupt nicht³⁰⁶⁾ beeinträchtigt werde. Die Annahme, die Verbreitung werde gar nicht beeinträchtigt, läßt sich nicht halten: das Verbreiten eines Werkes kann nicht nur durch das Verbot an den Hersteller oder Besitzer, es Dritten oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, unmöglich gemacht bzw. behindert werden, sondern ebenso dadurch, daß man das Publikum rechtlich oder tatsächlich daran hindert, dem Werk zu begegnen. Die Nichtfreigabe eines Films zur Vorführung vor jungen Menschen ist eine Beschränkung seiner freien Verbreitung und tangiert, sofern es sich um das Produkt künstlerischer Tätigkeit handelt, das Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG.

Da die Kunstfreiheit nicht den Beschränkungen des Art. 5 Abs. 2 GG unterliegt, wird teilweise ein absoluter Vorrang dieses Grundrechts vor den Belangen des Jugendschutzes behauptet³⁰⁷⁾. Demgegenüber wird unter Hinweis auf Art. 2 Abs. 1 GG geltend gemacht, daß die Freiheit der Kunst ihre Grenze am Jugendschutz finde, da er zur verfassungsrechtlichen Ordnung gehöre³⁰⁸⁾. Von daher ist man dann sehr schnell bei einem generellen Vorrang des Jugendschutzes angelangt³⁰⁹⁾, ein Ergebnis, welches letztlich den Vorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG durch ein Hintertürchen in den Abs. 3 hineinschmuggelt. Bedenken hiergegen ergeben sich daraus, daß bei solcher Argumentation Art. 2 Abs. 1 GG einmal die speziellen Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG³¹⁰⁾ als überflüssige Wiederholung erscheinen ließe, zum anderen das Fehlen solcher Schranken für den Bereich des Art. 5 Abs. 3 GG bedeutungslos machen würde³¹¹⁾.

305) So v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 61.

306) So Kalb, a.a.O. (300), S. 46.

307) Vgl. v. Hartlieb, a.a.O. (305), S. 43.

308) Vgl. hierzu Potrykus, Jugendschutzgesetz, § 6 Anm. 3, der auch Art. 6 Abs. 1 und 2 GG heranziehen will, um Art. 5 Abs. 3 GG zu begrenzen. Dagegen mit Recht Schilling, Literaturischer Jugendschutz, S. 13.

309) Vgl. die bei Kalb, a.a.O. (300), S. 43, Anm. 64, zitierten Schriften des Volkswartbundes.

310) Ebenso Art. 8 Abs. 1; 9 Abs. 2; 11 Abs. 2 und 13 Abs. 3 GG.

311) Vgl. Zeidler, Zur Problematik von Art. 2 Abs. 1 GG, NJW 1954, S. 1068.

Wenn man dem Verhältnis von Freiheit der Kunst und Jugendschutzbelangen gerecht werden will, so muß man von folgendem ausgehen: Die Verfassung gewährleistet den Lebensbereich der eigenständigen, freien Kunst, und sie anerkennt auch den Schutz der Jugend vor sittlichen und moralischen Gefährdungen als ein Rechtsgut³¹²⁾. Es gibt keinen grundsätzlichen Rangunterschied zwischen dem Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG und dem für das Ganze ebenfalls notwendigen Anliegen des Jugendschutzes. Sie begrenzen sich daher insoweit, als die eine Ordnung die andere nicht aufheben darf³¹³⁾.

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die Regelung des Jugendschutzgesetzes ebenso verfassungsgemäß wie die des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften. Die Indizierung einer Schrift führt dazu, daß "das betroffene Buch nur noch ein Schattendasein führen kann"³¹⁴⁾; würde man hier mit dem Anliegen des Jugendschutzes konsequent ernst machen, so wäre die Freiheit der Kunst teilweise außer Kraft gesetzt. Daher mußte der Gesetzgeber in § 1 Abs. 2 Nr. 2 GJS bei künstlerischen Werken die Möglichkeit der Indizierung ausscheiden und den literarischen Jugendschutz auf die Bekämpfung nichtkünstlerischer Schriften beschränken.

Anders beim Film. Wird ein filmkünstlerisches Werk für Jugendliche nicht freigegeben, sind diese also vom Besuch öffentlicher Vorführungen ausgeschlossen, so wird damit die Verbreitung des Films,

312) Vgl. Art. 5 Abs. 2; 9 Abs. 2; 13 Abs. 3 GG.

313) Vgl. hierzu Hesse, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17, S. 32; ders., Gleichheit und Freiheit als Grundprinzipien heutiger staatlicher Ordnung, S. 12; ferner BVerwG, Urt. v. 21.12.1954, BVerwGE 1, 303 (307) unter Hinweis auf BVerwGE 1, 48 und 1, 92. Das Urteil ist allerdings insofern schief, als es die "Inanspruchnahme eines Grundrechts" verbietet, "wenn dadurch ein anderes Grundrecht verletzt wird ...". Nimmt man das wörtlich, so führt es zu der höchst sonderbaren Folge, daß immer gerade das in Anspruch genommene Grundrecht allen anderen nachgeht (so der Einwand von Maunz, Anmerkung zu dem genannten Urteil, BayVBl. 1955, S. 216). Abgesehen von dem einseitigen Grundrechtsverständnis des Gerichts kann daher sein Versuch zur Schrankenziehung nur dann als richtig angesehen werden, wenn man die eigentliche Problematik in dem Wort "verletzen" sieht. Daß das Urteil sich dazu nicht ausläßt, offenbart die Schwäche seiner Argumentation. Die Kritik von Maunz, a.a.O., bietet allerdings wohl kaum Ansätze zu einem richtigen Verständnis.

314) Schilling, Literarischer Jugendschutz, S. 27; ebenso Kalb, Der Jugendschutz bei Film und Fernsehen, S. 44 f.

auch seine geschäftliche Erfolgchance, nur verhältnismäßig geringfügig beeinträchtigt³¹⁵⁾. Die Freiheit der Kunst wird daher hier nur unwesentlich eingeschränkt. Andererseits ist die jugendgefährdende Wirkung des Films, auch unter Umständen eines Filmkunstwerkes, aufgrund seiner spezifischen Wirkgesetze³¹⁶⁾ erheblich größer als die einer künstlerischen Schrift. Nähme man den Film, soweit er als Kunstwerk anzusehen ist, von den Bestimmungen des § 6 JSchG aus, so wäre das Anliegen des Jugendschutzes nicht unwesentlich beeinträchtigt, Daher erscheint die getroffene Regelung auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 5 Abs. 3 GG gerechtfertigt.

4. Welcher Kunstbegriff gilt für die staatliche Kunstförderung?

Anders als das in seiner Diktion ohnedies spröde Bonner Grundgesetz hatte die Weimarer Verfassung in Art. 142 der Kunst nicht nur Freiheit garantiert, sondern auch bestimmt: "Der Staat gewährt ihnen (Kunst und Wissenschaft) Schutz und nimmt an ihrer Pflege teil"³¹⁷⁾. Eine ähnliche Bestimmung in das Grundgesetz aufzunehmen, ist von vornherein nicht vorgesehen worden, auch nicht vom Herrenhiemseer Konvent. Lediglich ein Antrag der Deutschen Partei bezweckte, den Staat zu verpflichten, dem "kulturellen Leben" Schutz und Pflege zuteil werden zu lassen; dieser Antrag wurde abgelehnt³¹⁸⁾. Über die Bedeutung des Fehlens einer solchen Verfassungsnorm wird weiter unten zu handeln sein³¹⁹⁾.

a) Der Umfang des Förderungsversprechens in den Länderverfassungen
Wie oben³²⁰⁾ gezeigt, enthalten die Verfassungen von sechs Ländern der Bundesrepublik Bestimmungen, welche dem Art. 142 Satz 2 WV entsprechen³²¹⁾. Die Verfassung des Saarlandes spricht allerdings nur

315) Vgl. Kalb, a.a.O. (314), S. 46; v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 61.

316) Vgl. Hagemann, Der Film, S. 197 ff.; Kalb, a.a.O. (314), S. 46.

317) Vgl. E. Charlotte Drescher, Höheres Interesse der Kunst im Sinne der Gewerbeordnung und der Nebengesetze, Annalen des Deutschen Reichs 1931, S. 323.

318) Zur Entstehungsgeschichte vgl. Doemming-Füßlein-Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR 1, S. 89 ff.

319) Vgl. unten, S. 100 ff.

320) S. 11, Anm. 24.

321) Bayern: Art. 140; Bremen: Art. 11 Abs. 2; Nordrhein-Westfalen: Art. 18 Abs. 1; Rheinland-Pfalz: Art. 40 Abs. 1; Saarland: Art. 34 Abs. 1; Schleswig-Holstein: Art. 7 Abs. 1.

allgemein von "kulturellem Schaffen". Darunter rechnet indessen auch das künstlerische Schaffen, so daß wir keinen Anlaß haben, diese Bestimmung gesondert zu behandeln.

Ob die Länderverfassungen von "Kunst" oder von "künstlerischem Schaffen" sprechen, kann grundsätzlich keinen Unterschied im Objekt des Schutzes, der Pflege und Förderung ausmachen. In jedem Fall soll der lebendigen Kunst, dem künstlerischen Bemühen Unterstützung gewährt werden, nicht dagegen ist hier die Aufgabe des Denkmalschutzes gemeint. Das ergibt sich für die Verfassungen von Bayern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein schon daraus, daß dort der Denkmalspflege eigene Bestimmungen gewidmet sind. Für die Verfassung von Bremen könnte es wegen des Fehlens einer dieses Sondergebiet regelnden Bestimmung zweifelhaft sein. Doch deutet die wörtliche Übernahme des Art. 11 der Landesverfassung aus Art. 142 WV darauf hin, daß die Denkmalspflege nicht erfaßt ist³²²⁾.

b) Ergebnis

Man wird also davon ausgehen können, daß in den genannten Bestimmungen der sechs Länderverfassungen der gleiche Bereich erfaßt ist, nämlich das, was hier mit dem Wort "Kunst" im erläuterten Sinne bezeichnet wird, wobei die Frage der Wertbezogenheit noch offen ist. Ihr müssen wir uns nun zuwenden. Als Beispiel sei die besonders eingehende Regelung der Verfassung des Freistaates Bayern gewählt. Art. 140 lautet:

"(1) Kunst und Wissenschaft sind von Staat und Gemeinde zu fördern.

(2) Sie haben insbesondere Mittel zur Unterstützung schöpferischer Künstler, Gelehrter und Schriftsteller bereitzustellen, die den Nachweis ernster künstlerischer oder kultureller Tätigkeit erbringen".

Zu Recht verweisen Nawiasky-Leusser³²³⁾ auf den Zusammenhang dieser Bestimmung mit dem Grundrecht der Kunstfreiheit. Wenn der

322) So wohl auch Spitta, Kommentar zur Bremischen Verfassung von 1947, Art. 11. Aufschlußreich ist insbesondere der Verweis auf die verwandten Bestimmungen anderer Länder; auf die Vorschriften über den Denkmalsschutz wird gerade nicht verwiesen.

323) Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 140, Erl.

Staat nicht nur den Lebensbereich Kunst als eigenständig gewährleistet, sondern durch positive Maßnahmen fördert, so hat er auch dabei die Autonomie dieses Bereichs zu wahren.

Dabei ergibt sich jedoch ein spezielles Problem, das in Art. 140 Abs. 2 BayVerf deutlich erkennbar ist. Dort ist eine Maxime für eine besonders wichtige Art staatlicher Kunstförderung aufgestellt. Die finanzielle Unterstützung schöpferischer Künstler wird davon abhängig gemacht, daß sie den Nachweis "ernster künstlerischer Tätigkeit" erbringen³²⁴⁾. Das erscheint im Ansatz sachgerecht; denn es handelt sich um öffentliche Mittel, die nicht willkürlich ausgegeben werden dürfen³²⁵⁾. Und doch ist unverkennbar, daß hierdurch ein neuer Akzent gesetzt wird.

Die Frage stellt sich wie folgt: Ist der Bereich menschlichen Bemühens um Darstellung im erläuterten Sinne weiter, wenn es sich um das Grundrecht der Freiheit der Kunst handelt, als in dem Fall, wo es um die staatliche Förderung der Kunst geht? Mit anderen Worten: Muß der Staat einem künstlerischen Bemühen Freiheit gewähren, das er nicht fördern darf oder doch zumindest nicht zu fördern braucht, weil es sich nicht als "ernste künstlerische Tätigkeit" nachweisen läßt?

Dies anzunehmen, also dem Wort "Kunst" in Art. 5 Abs. 3 GG bzw. den entsprechenden Normen der Länderverfassungen³²⁶⁾ einen anderen Inhalt zu geben als in den Verfassungsbestimmungen über die staatliche Kunstförderung, wäre zwar möglich, weil die Verwendung des gleichen Wortes an verschiedenen Stellen nicht notwendig dieselbe Sache bezeichnet. Hier würde diese Annahme aber die Bedeutung des Grundrechts der Freiheit der Kunst und sein Verhältnis zu den Förderungsregeln außer acht lassen.

Die institutionelle Seite des Grundrechts bedeutet die verfassungsrechtliche Gewährleistung³²⁷⁾ des eigengesetzlichen Lebensbereichs

324) Mit dem Wort "ernster" (Tätigkeit) ist offensichtlich soviel wie echt, ehrlich, ernstzunehmend gemeint, so daß es nicht auf den Charakter des Geschaffenen ankommt.

325) Vgl. Nawiasky-Leusser, a.a.O. (323).

326) Bayern: Art. 108; Bremen: Art. 11 Abs. 1; Hessen: Art. 10; Rheinland-Pfalz: Art. 9 Abs. 1; Saarland: Art. 5 Abs. 1.

327) Vgl. Häberle, Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 70.

ches Kunst. Jede staatliche Förderungsmaßnahme greift in diesen Bereich ein. Das läßt sich mit dem Grundrecht der Kunstfreiheit nur vereinbaren, wenn der Bereich, den der Staat zu fördern gehalten ist, sich deckt mit demjenigen, dessen verfassungsrechtlich garantierte Eigengesetzlichkeit der Staat zu achten hat. Bestünde diese Kongruenz der beiden Verfassungsbestimmungen nicht, so läge ein Widerspruch innerhalb der Verfassung vor. Das kann nicht hin- genommen werden. Daher muß die Förderungsregel des Art. 140 BayVerf unter Berücksichtigung des Art. 5 Abs. 3 GG bzw. Art. 108 BayVerf ausgelegt werden.

Was für die Verfassung des Freistaates Bayern gilt, hat gleicher- maßen für die Verfassungen der genannten fünf anderen Länder zu gelten. Dies umso mehr, als dort eine dem Art. 140 Abs. 2 BayVerf verwandte Bestimmung fehlt.

Auf die praktischen Konsequenzen und die spezielle Problematik dieser Interpretation ist weiter unten einzugehen. Hier ist zu- nächst wichtig und festzuhalten: Der Begriff "Kunst" in Art. 5 Abs. 3 GG und in den Förderungsbestimmungen der Länderverfassun- gen ist einheitlich; er ist wertfrei in dem oben³²⁸⁾ bezeichneten Sinne. Wenn dem Staat aufgegeben ist oder wenn er es ohne aus- drücklichen verfassungsrechtlichen Auftrag übernimmt, Kunst zu fördern, dann gilt seine Förderung notwendigerweise dem mensch- lichen Bemühen, die Wirklichkeit in ihrer Bedeutung für den Men- schen darzustellen durch Umsetzung in Symbole, die nach formalen Gesetzen in eine durch die künstlerische Idee bestimmte Ordnung gebracht werden. Ob dieses ehrliche Bemühen gelingt oder scheit- tert, darüber hat der Staat grundsätzlich nicht zu befinden. Wohl aber muß er entscheiden, ob solches Bemühen, also künstlerische Tätigkeit überhaupt vorhanden ist. Dabei kann es nicht allein auf die Aussage des Betroffenen ankommen, vielmehr ist an Hand der objektiven Kriterien des Artbegriffes Kunst zu prüfen, ob es sich um einen künstlerischen Versuch handelt³²⁹⁾.

328) Vgl. S. 51 ff.

329) Vgl. E. Charlotte Drescher, Höheres Interesse der Kunst, Annalen des Deutschen Reichs 1931, S. 332 f.; Roellenbleg, Die Rechtsstellung der Filmbewertungsstelle, S. 140; Ropertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 101; Schilling, Literarischer Jugendschutz, S. 23; Erwin Stein, Anmerkung zu OVG Münster, B. v. 18.11.1958, JZ 1959, S. 723; Potrykus, Ge- setz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, § 1 Anm. 19.

Daß es dem Staat durch Art. 5 Abs. 3 GG untersagt ist, ein künstlerisches Werturteil zur Grundlage seiner Kunstförderung zu machen, ist für die Geltung des Gleichheitsgrundsatzes in diesem Bereich staatlicher Tätigkeit von spezieller Bedeutung. An sich wäre es durchaus nicht willkürlich, wenn Kunstförderung nach dem Grad künstlerischer Leistung differenzieren würde; denn das Maß des künstlerischen Gelingens ist gewiß ein wesentliches Merkmal künstlerischen Bemühens, so daß im Sinne der ausstellenden Gerechtigkeit eine entsprechende Differenzierung dem Gleichheitssatz entspräche³³⁰⁾. Da das Grundrecht der Kunstfreiheit jedoch dem Staat ein Urteil über den Grad künstlerischer Vervollkommenung untersagt, ist damit zugleich ein Differenzierungsverbot normiert: dieses Merkmal ist für den Vergleich der Tatbestände, wie ihn der Gleichheitsgrundsatz verlangt, unwesentlich³³¹⁾.

Das hat weitreichende Folgen für die Praxis der staatlichen Kunstförderung, auf die unten³³²⁾ näher einzugehen ist. Dabei wird sich die Untersuchung allerdings darauf beschränken, Folgerungen aus der Wertentscheidung des Art. 5 Abs. 3 GG zu ziehen, weil das Grundrecht der Kunstfreiheit der hier wesentliche Gesichtspunkt rechtlicher Gleichsetzung ist³³³⁾.

330) Vgl. Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AÖR 77, S. 197; auch Giese-Schunck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 3 Anm. 3 - S. 18; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 132.

331) Vgl. Hesse, a.a.O. (330), S. 174; auch Ipsen, Gleichheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 180 f.; BVerfG, B. v. 17.1.1957, BVerfGE 6, 55 (71).

332) S. 171 ff.

333) Vgl. dazu v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 3 Anm. III 4c - S. 202; BVerfG, a.a.O. (331).

Zweites Kapitel

DER UMFANG DER STAATLICHEN KUNSTFÖRDERUNG (unter Berücksichtigung der kommunalen Förderung)

I. Aufgabe und Inhalt staatlicher Kunstförderung

Wird Kultur nicht nur als eine private Angelegenheit verstanden, sondern auch als ein öffentliches Anliegen¹⁾, dann wird die öffentliche Pflege der Kunst zur "Kulturpflicht"²⁾. Neben den Gemeinden übernimmt der Staat die Förderung der Kunst; das Recht dazu wird ihm nicht bestritten³⁾. Die Gesichtspunkte, unter denen sich der Staat dieser Aufgabe zuwendet, mögen sich in den letzten 150 Jahren geändert haben⁴⁾; das hat Form und Umfang seiner Aktivität bestimmt, nicht aber die grundsätzliche Frage des Ob überhaupt⁵⁾. Sie ist in der Tat mit der Kulturaufgabe des Staates zugleich bejaht⁶⁾.

Das Grundproblem öffentlicher Kunstpflege, das Verhältnis zweier verschiedenartiger Bereiche ist bereits skizziert worden⁷⁾; da

-
- 1) Vgl. Thieme, Die Kulturordnung im Grundgesetz als föderalistisches Problem, in: Annales Universitatis Saraviensis, Band VIII 1/2 1960, S. 59, unter Berufung auf E.R. Huber, Zur Problematik des Kulturstaates; Becker-Kluge, Kulturpolitik und Ausgabenkontrolle, S. 9; Roesler, Das soziale Verwaltungsrecht, 2. Band, S. 224 f.
 - 2) Eduard v. Mayer, Fürsten und Künstler, S. 70. Vgl. auch Schütz, Brennpunkte der Kulturpolitik, S. 126 f.; Grimm, Die Akademie der Künste und das Verhältnis der Künstler zum Staate, S. 13.
 - 3) Auch die sehr kritischen Bemerkungen von Ridder, Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 268 Anm. 87, zu dem "zweifelichtigen unmittelbar staatlichen Mäzenatentum" können nicht als grundsätzliche Negation verstanden werden.
 - 4) R. v. Mohl, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Band, S. 677 ff., behandelt den Gegenstand unter der Überschrift: Sorge des Staates für die geistige Persönlichkeit der Staatsbürger - Bildung des Geschmacks. Vgl. auch C.H. Becker, Die preußische Kunstpolitik und der Fall Schillings, in: Kulturverwaltung der zwanziger Jahre, S. 129 ("pädagogische Einstellung zur Kunst"); Hensel, Art. 150 der Weimarer Verfassung und seine Auswirkung im preußischen Recht, AÖR 53, S. 328 f.
 - 5) R. v. Mohl, a.a.O. (4), geht als selbstverständlich davon aus.
 - 6) Vgl. oben, S. 1 ff.
 - 7) Vgl. oben, S. 3 ff.

Kunst ein Teilgebiet der Kultur ist, spiegelt sich hier die Problematik des Komplexes Staat - Kultur wider. Sie konkretisiert sich für die öffentliche Kunstförderung, weil hier das Verhältnis notwendigerweise nicht mehr nur als Gegenüber zweier eigenständiger Bereiche angesehen werden kann. Kunstförderung bedeutet ja gerade ein Hineinwirken der fremden Macht in den Bezirk der Kunst⁸⁾.

Öffentliche Kunstförderung ist heute wesentlich, praktisch allein Sache der Exekutive; gesetzliche Regeln existieren, von wenigen Ausnahmen⁹⁾ abgesehen, nicht¹⁰⁾. Sie verwirklicht sich daher in einem weit verzweigten Gewirr von Einzelmaßnahmen, die von Bund, Ländern und Gemeinden vorgenommen werden. Dabei kann es im Einzelfall schwierig sein zu entscheiden, ob eine bestimmte Maßnahme zur Kunstpflege zu rechnen ist, weil Motivation und Wirkung oft unbekannt oder mehrschichtig sind. Dies wird etwa bei den schon frühzeitig nach Konstituierung der Bundesrepublik eingeleiteten "Hilfsmaßnahmen für die deutsche Filmproduktion"¹¹⁾ deutlich, bei denen wirtschaftliche und kulturelle Gesichtspunkte eine Rolle spielten¹²⁾. An die Stelle der wirtschaftlichen Ziele können in anderen Fällen neben die Absicht der Kunstförderung andere Motive treten, etwa Volksbildung bei der Unterhaltung von Theatern oder Kunstmuseen¹³⁾, Repräsentation des Gemeinwesens beim Ankauf von Kunstwerken oder bei der künstlerischen Ausgestaltung öffentlicher Gebäude.

Der Sinn staatlicher Kunstpflege ist die Teilnahme "an dem Ringen eines jeden Zeitalters, sich selbst für die Gegenwart und (viel-

8) Vgl. Ridder, a.a.O. (3).

9) Vgl. z.B. das Berliner Gesetz vom 2.12.1954 (GVBl. S. 681) über die Akademie der Künste.

10) Vgl. Maunz, in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 484.

11) Vgl. BT 1. Wahlper. Drucks. 418 und 775, Sten.Prot. S. 2120 A.

12) Vgl. Abgeordneter Dr. Vogel (Berichterstatter des 34. Ausschusses) in der 57. Sitzung des Bundestags am 31.3.1950 (Sten.Prot. S. 2115 D f.): "... nicht nur kulturelle Visitenkarte Deutschlands im Ausland, sondern ... darüberhinaus auch einer der größten Devisenbringer"; Abgeordneter Hennig, a.a.O., (S. 2118): "... nicht nur kommerzielle und volkswirtschaftliche Seite" - "seelische und künstlerische Qualität..."; Abgeordneter Jacobs, a.a.O. (S. 2119): "... nicht nur eine Krise der Finanzen, sondern ... nicht zuletzt eine geistige und damit auch künstlerische Krise".

13) Vgl. z.B. Zuhorn, Kulturpflege, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Band, S. 168.

leicht auch) für die Zukunft in den Höchstleistungen künstlerischen ... Strebens verkörpert zu sehen. Der Staat will vor allem durch Schutz gegen Unverstand, durch Gewährung wirtschaftlicher Unabhängigkeit (Pflege) dem Werdenden erst zum Sein verhelfen¹⁴⁾. Jede staatliche Maßnahme, welche unmittelbar diesem Zweck dient, gehört in den Bereich der staatlichen Kunstpflege, ohne daß es darauf ankommt, ob sie daneben noch anderen Zwecken dient, wie das häufig der Fall sein wird.

Förderung der Kunst bedeutet zunächst Förderung des Künstlers¹⁵⁾. Dabei kommt es nicht darauf an, ob eine Maßnahme bereits einem konkret feststellbaren Individuum zugute kommt; entscheidend ist lediglich eine entsprechende Eignung, wie das etwa bei der Stiftung eines Kunstpreises besonders deutlich wird. Die Errichtung von Instituten zur Ausbildung und Weiterbildung ist ein weiteres Beispiel für derartige Maßnahmen, welche zunächst eine Bereitstellung von Mitteln sind und erst durch einen weiteren Schritt einem bestimmten Künstler dienen.

Daneben gibt es Maßnahmen, die weniger dem Künstler zugute kommen, als vielmehr die soziale Bedeutung der Kunst verbessern sollen. Hier sind als Beispiele die Errichtung von Gemäldegalerien bzw. Kunstmuseen oder die Veranstaltung von Ausstellungen nicht zeitgenössischer Kunstwerke zu nennen. Auch solche Unternehmen berühren die Künstler in irgendeiner Weise; denn letztlich kommt ein allgemein steigendes Interesse an der Kunst auch ihnen zugute. Wenn aber eine Maßnahme lediglich eine derartig mittelbare Auswirkung auf die Stellung des Künstlers hat, so erscheint es nicht angebracht, sie in den Bereich der Kunstförderung miteinzubeziehen. Würde man so unbestimmte Beziehungen, wie sie in diesen Fällen zwischen der Maßnahme und der Förderung der lebenden Künstler noch bestehen, zur Rubrizierung heranziehen, so ließe sich jede Maßnah-

14) Hensel, s.a.O. (4), S. 329.

15) Über den Personenkreis, der als Künstler anzusprechen ist, besteht wohl keine ausreichende Klarheit; vgl. Halbach, Die Alters- und Hinterbliebenensicherung der selbständigen Künstler. Daher erscheint es richtig, den Begriff Künstler weit zu fassen. Es kann insbesondere nicht darauf ankommen, ob der Künstler seinen Lebensunterhalt durch seine künstlerische Tätigkeit ganz oder teilweise gewinnen will. Man muß allerdings eine gewisse Ernsthaftigkeit des künstlerischen Bemühens verlangen, so daß derjenige, der bewußt Dilettant ist und bleiben will, nicht in den Kreis der in Frage stehenden Personen einzurechnen ist.

nahme in unzählige Sachbereiche eingliedern und ein Unterscheidungsmerkmal wäre kaum noch zu finden. Daher muß sinnvollerweise verlangt werden, daß Maßnahmen der Kunstförderung geeignet sein müssen, unmittelbar dem gegenwärtigen künstlerischen Streben, also den Künstlern zu dienen.

II. Übersicht über die wichtigsten Maßnahmen staatlicher und kommunaler Kunstförderung

Eine Übersicht über die wichtigsten Maßnahmen der öffentlichen Hand zur Förderung der Kunst möge die Spannweite öffentlicher Kunstförderung verdeutlichen.

1. Maßnahmen zur Ausbildung der Künstler

Zur Ausbildung der bildenden Künstler und der Musiker dienen die Kunsthochschulen und Musikhochschulen. Die Kunsthochschulen oder Kunstakademien sind traditionell staatliche Einrichtungen; derzeit existieren in den Ländern der Bundesrepublik 11 Kunsthochschulen¹⁶⁾. Obwohl die Kunstakademien stets in Gefahr sind, Epigonentum zu pflegen¹⁷⁾, und sich gerade die bedeutendsten Künstler oft außerhalb oder im Gegensatz zu ihnen entwickelt haben, sind sie als Ausbildungsstätten nicht zu ersetzen.

16) Baden-Württemberg: Staatliche Akademie der bildenden Künste Karlsruhe, Staatliche Akademie der bildenden Künste Stuttgart; Bayern: Akademie der bildenden Künste München, Akademie der bildenden Künste Nürnberg; Berlin: Hochschule für bildende Künste Berlin; Hamburg: Staatliche Hochschule für bildende Künste; Hessen: Staatliche Hochschule für bildende Künste (Werkakademie) Kassel, Städel Schule - Staatliche Hochschule für bildende Künste - Frankfurt; Niedersachsen: Staatliche Hochschule für bildende Künste Braunschweig (frühere Werkkunstschule); Nordrhein-Westfalen: Staatliche Kunstakademie Düsseldorf; Saarland: Staatliche Werkkunstschule Saarbrücken. (Nachweise in Kulturpolitik der Länder 1960 und Kulturpolitik der Länder 1961 und 1962; im Vademecum Deutscher Lehr- und Forschungsstätten, S. 282, sind Braunschweig und Saarbrücken nicht genannt). Außerdem bestehen an den Universitäten teilweise eigene Institute für Kunst, z.B. in Mainz.

17) Vgl. Baumeister, Das Unbekannte in der Kunst, S. 182; Grimm, Die Akademie der Künste und das Verhältnis der Künstler zum Staate, S. 1 ff.; Ed. v. Mayer, Fürsten und Künstler, S. 72; R. v. Mohl, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Band, S. 681; Watson, Kunst, Künstler und soziale Kontrolle, S. 44 f.

Auch die Hochschulen für Musik - die künstlerisch wohl weniger bedeutsamen Musikschulen, die vorwiegend der Pflege der Hausmusik und Volksmusik dienen¹⁸⁾, seien nur erwähnt - sind zunehmend staatliche Einrichtungen geworden. Heute unterhalten die Länder insgesamt 11 solcher Hochschulen, von denen einige auch die Ausbildung für das Theater pflegen¹⁹⁾.

Daneben werden nichtstaatliche Ausbildungsstätten von den Ländern finanziell unterstützt²⁰⁾.

2. Unterhaltung von Theatern und Orchestern

Staat und Gemeinden unterhalten zahlreiche Theater²¹⁾ und gewähren daneben auch in großem Umfang Zuschüsse an private Theater²²⁾. Sie unterhalten ferner große eigene Orchester und unterstützen

18) z.B. Städtisches Konservatorium Berlin.

19) Baden-Württemberg: Staatliche Hochschule für Musik Freiburg, Staatliche Hochschule für Musik und Darstellende Kunst Stuttgart (nicht eingerechnet sind die Staatlich anerkannte Hochschule für Musik und Theater Heidelberg sowie die Badische Hochschule für Musik Karlsruhe); Bayern: Staatliche Hochschule für Musik München, Bayerisches Staatskonservatorium der Musik Würzburg; Berlin: Hochschule für Musik; Hamburg: Staatliche Hochschule für Musik; Hessen: Staatliche Hochschule für Musik Frankfurt; Niedersachsen: Staatliche Hochschule für Musik und Theater; Nordrhein-Westfalen: Nordwestdeutsche Musikakademie Detmold, Staatliche Hochschule für Musik Köln, Folkwangschule für Musik, Theater und Tanz (Essen); Saarland: Staatliche Hochschule für Musik Saarbrücken; Schleswig-Holstein: Schleswig-Holsteinische Musikakademie und Norddeutsche Orgelschule Lübeck (Nachweise in Kulturpolitik der Länder 1961 und 1962 - nicht vollständig). Ein Institut für Musik besteht an der Universität Mainz. Speziell der schauspielerischen Ausbildung dient die Max-Reinhardt-Schule des Landes Berlin.

20) Vom Land Baden-Württemberg z.B. die Hochschule für Gestaltung in Ulm, die von der Geschwister-Scholl-Stiftung getragen wird, und das Hochschulinstitut für Musik in Trossingen der Hohner-Stiftung (Staatshaushaltsplan für 1964, Kap. 0489 Tit. 613 und 614).

21) In der Bundesrepublik bestanden 1962/63 130 öffentliche Theater, außerdem 20 sog. Landesbühnen; davon wurden 82 von den Gemeinden getragen (Nachweis: Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1964, S. 114).

22) In der Spielzeit 1959/60 wurden in 36 Städten insgesamt 67 Privattheater gezählt, 40 davon erhielten Zuschüsse aus öffentlichen Mitteln (Nachweis: Mewes, Theater ohne Subventionen? Der Städtetag 1962, S. 86 ff.).

zugleich private Orchester²³⁾.

Die große Bühne kann heute ebenso wie das große Konzertsorchester als rein private Einrichtung ohne staatlichen Zuschuß kaum noch bestehen²⁴⁾; eine Ausnahme machen lediglich diejenigen Privattheater, welche ein Erfolgsstück en suite spielen. Das Repertoire-Theater, die in Deutschland übliche Form des öffentlichen Bildungstheaters, ist längst ein reiner Zuschußbetrieb geworden²⁵⁾. Daß diese Subventions-Theater in einer tiefen Krise, vor allem künstlerischer Art, stecken wird immer wieder hervorgehoben²⁶⁾ - eine These, für die sich viele Belege und auch viele Erklärungen finden lassen. Hier handelt es sich letztlich um eine künstlerische Frage, die von der Form der Finanzierung vielleicht zum Teil abhängt, mit der Tatsache der Unterstützungsbedürftigkeit und der Zuschußgewährung durch Staat und Gemeinden jedoch nichts zu tun hat²⁷⁾. Die öffentliche Finanzierung der großen Bühnen erscheint unumgänglich, wenn man das Theaterleben in seiner heutigen Form erhalten will²⁸⁾. Daß es zum Teil an einer provinziellen Enge lei-

23) 1961/62 bestanden neben den Theater- und Rundfunkorchestern 41 selbständige Orchester (Nachweis: Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1963, S. 108; 1964 kein Nachweis).

24) Vgl. Hellmut Becker, Wer finanziert die kulturelle Freiheit? in: Kulturpolitik und Schule, S. 24.

25) Vgl. Becker-Kluge, Kulturpolitik und Ausgabenkontrolle, S. 182 und 189 f., insbes. Anm. 27; Mewes, Die wirtschaftliche Situation der westdeutschen Theater, Kulturarbeit 1953, S. 61 ff.; ders., Die Subventionen für die Theater, Kulturarbeit 1955, S. 121 ff. Diese Erscheinung ist keineswegs auf Deutschland beschränkt; vgl. Doka, Staat und Kultur, in: Kulturpolitik in der Schweiz, S. 25.

26) Vgl. Vietta, Katastrophe oder Wende des deutschen Theaters, S. 11 ff.; Becker-Kluge, a.a.O. (25), S. 174 ff. Zur Situation des deutschen Theaters vgl. auch die scharfsinnigen Beiträge von Friedrich Luft, Theater in Deutschland oder das überfüllte Vakuum, Jahresring 1955/56, S. 369 ff.; Theaterfülle - Dramenleere, Jahresring 1956/57, S. 363 ff.; Bühnenkonjunktur - Theaterlethargie, Jahresring 1957/58, S. 371 ff.; Dreißig Millionen suchen einen Autor, Jahresring 1959/60, S. 377 ff.; Das multiplizierte Theater, Jahresring 1960/61, S. 360 ff. Luft sieht das Problem vor allem im Fehlen neuer Dramen. Vgl. ferner Sattler, Die heutige Lage des deutschen Theaters, Kulturarbeit 1949, S. 49 ff.; Alten, Das Theaterwunder, Kulturarbeit 1957, S. 45 f.

27) Vgl. Bachmann, Das Theater ist Ausdruck der Zeit, Kulturarbeit 1958, S. 21 ff.

28) Vgl. dazu Voß, Gedanken zur deutschen Theatersituation, Kulturarbeit 1957, S. 125 ff. - recht optimistische Gedanken. Vgl. auch Bettermann, Rundfunkfreiheit und Rundfunkorganisation, DVBl. 1963, S. 44.

det, ist kaum zu leugnen. Dies zu beklagen rechtfertigt aber nicht unbedingt den Wunsch nach Verhältnissen wie in England, USA oder Frankreich; die Vielfalt des deutschen Theaterlebens hat durchaus einen Eigenwert, der im Ausland sehr wohl anerkannt wird²⁹⁾.

Ähnliches gilt für die Konzertorchester, für welche von der öffentlichen Hand gleichfalls beträchtliche Mittel aufgewendet werden³⁰⁾.

3. Unterstützung einzelner Künstler

Der Staat hat nicht nur Ausbildungsstätten wie Kunstakademien und Musikhochschulen eingerichtet, er fördert ebenso wie viele Gemeinden die Weiterbildung junger Künstler auch durch Stipendien³¹⁾ sowie sog. Förderpreise³²⁾ und unterstützt darüber hinaus Künstler durch Beihilfen oder Ehrensolde³³⁾.

Zur Unterstützung notleidender Künstler ist 1953/54 auf Anregung von Bundespräsident Theodor Heuss die Aktion "Deutsche Künstlerhilfe" ins Leben gerufen worden. Sie wird durch Beiträge des Bundes (jährlich inzwischen DM 700.000,--)³⁴⁾, der Länder (jährlich

29) Insofern erscheinen die Bemerkungen von Becker-Kluge, Kulturpolitik und Ausgabenkontrolle, S. 188 f., einseitig. Vgl. etwa Friedrich Luft, Theaterfülle - Dramenleere, Jahresring 1956/57, S. 363 f.

30) Bereits im Jahre 1951 haben 71 Städte für ihre Orchester und Chöre - deren Anteil relativ gering ist - rund 14 Millionen DM Zuschüsse gezahlt (Nachweis: Der Städtetag 1954, S. 567 f.). Im Rechnungsjahr 1964 sind allein im Haushaltsplan des Bundes rund 2 Millionen DM zur Unterstützung dreier Orchester angesetzt (Kap. 0602 Tit. 660). 1964 gibt das Land Berlin für das Berliner Philharmonische Orchester und das Radio-Symphonie-Orchester über 5 Millionen DM aus (Haushaltsplan B 3330 und B 3000 Haushaltsstelle 385).

31) Vgl. z.B. Haushaltsplan für Berlin 1964, Tit. B 3000 Haushaltsstelle 308; Staatshaushaltsplan Baden-Württemberg 1964, Kap. 0489 Tit. 325 und 603. - Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Deutschen Akademie Villa Massimo in Rom (Sommersitz: Casa Baldi in Olevano) zu; vgl. Bundeshaushaltsplan 1964, Kap. 0602, Tit. 970. Vgl. dazu Henze, Das Romerlebnis in der modernen Kunst, Kulturarbeit 1962, S. 193 ff.

32) z.B. Berliner Kunstpreis "Junge Generation"; Förderungspreis des Landes Nordrhein-Westfalen für junge Künstler; Lichtwark-Preis, Bachpreis und Lessingpreis (alle Hamburg), denen jeweils ein Förderpreis angegliedert ist; Münchener Kunstpreis; Düsseldorfer "Förderpreis zum Cornelius-Preis" (Nachweise bei Mewes, Kulturpreise der Städte, Der Städtetag 1958, S. 201 ff.).

33) z.B. Staatshaushaltsplan von Baden-Württemberg 1964, Kap. 0489 Tit. 603.

34) Vgl. Bundeshaushaltsplan 1964, Kap. 0602 Tit. 611 Erl. 1g.

insgesamt DM 700.000,--)³⁵⁾ und private Spenden sowie durch die Zinserträge eines Kapitals finanziert, das durch eine 1959 veranstaltete Fernsehlotterie aufgebracht wurde³⁶⁾. Die "Deutsche Künstlerhilfe" wird vom Bundespräsidialamt betreut; der Bundespräsident entscheidet über die Gewährung der Zuwendungen aufgrund von Vorschlägen der bei den Kultusministerien gebildeten Landesausschüsse und beraten von einem eigenen Kuratorium³⁷⁾. Die Verwendung der Mittel wird vom Bundesrechnungshof geprüft.

Die "Deutsche Künstlerhilfe" unterstützt durch regelmäßige oder einmalige Zuwendungen Künstler und Schriftsteller, die durch Alter oder Krankheit in Not geraten sind. Voraussetzung ist eine Leistung, "die als Bereicherung der geistig-künstlerischen Ausdruckskraft der Nation zu bewerten ist"³⁸⁾. Die Unterstützung soll Ausdruck eines "vaterländischen Dankes", einer "gesamtdeutschen Verpflichtung" sein³⁹⁾; heimat- und landschaftlich gebundene Künstler fallen nicht in den Kreis der begünstigten Personen. Die Zuwendungen im Rahmen der Künstlerhilfe sollen "nicht in die Atmosphäre der Sozialfürsorge gerückt sein"⁴⁰⁾ und werden daher auf sonstige Unterstützungen aus öffentlichen Mitteln (Sozialhilfe, Lastenausgleich) nicht angerechnet⁴¹⁾. Gegenwärtig werden ca. 600 Personen mit einem Jahresbetrag von DM 1.800,-- bedacht; insgesamt beläuft sich die Zahl der Betreuten auf ca. 1000.

Die Ausbildung junger Künstler und die Unterstützung notleidender Künstler gehören zu denjenigen Maßnahmen, bei denen die Hilfe des Staates ebenso verdienstvoll wie anerkannt ist. Kritische Stimmen beschränken sich meist auf den Vorwurf, die gegenwärtigen Maßnah-

35) Vgl. Beschluß der Kultusministerkonferenz vom 10.10.1952, Sammlung der Beschlüsse der Ständigen Konferenz der Kultusminister, Nr. 2170 (die dort genannten Beträge sind allerdings überholt).

36) Vgl. Halbach, Die Alters- und Hinterbliebenensicherung der selbständigen Künstler, S. 8.

37) Diese und die folgenden nicht näher belegten Angaben beruhen auf einer Auskunft des Bundespräsidialamtes vom 5. Mai 1964. Vgl. auch Halbach, a.a.O. (36), S. 8 f.

38) Theodor Heuss, Memorandum zur "Künstlerhilfe", S. 3; ebenso Halbach, a.a.O. (36).

39) Theodor Heuss, a.a.O. (38), S. 3.

40) Theodor Heuss, a.a.O. (38), S. 3.

41) Vgl. Halbach, a.a.O. (36), S. 9.

men reichten nicht aus⁴²⁾; daß sie notwendig sind, wird selten bestritten⁴³⁾.

4. Kunstpreise

Wesentlich verworrener ist das Bild der Diskussion um die Kunstpreise, die von Stadt und Gemeinden verliehen werden. Ihre Zahl ist nicht mehr genau feststellbar⁴⁴⁾, zumal manche Preise als "Kulturpreise" vergeben werden, d.h. auch an Wissenschaftler und nicht nur an Künstler⁴⁵⁾. Die Zahl der neu gestifteten Kunstpreise, vor allem der Literaturpreise, ist vor einigen Jahren so sehr gestiegen, daß man schon von einer "Preis-inflation" gesprochen hat⁴⁶⁾.

Der materielle Wert der Kunstpreise ist in vielen Fällen relativ gering; sie sind in der Regel mit einem Betrag zwischen DM 2.000,-- und 5.000,-- dotiert, nur verhältnismäßig wenige, vor allem die der Länder, höher⁴⁷⁾. Die eigentliche Bedeutung muß im ideellen Wert und in der Publizität gesehen werden, die eine Preiskrönung ver-

42) Vgl. etwa Halbach, a.a.O. (36), S. 26 ff. (Ausbau der "Deutschen Künstlerhilfe").

43) Das Argument, das Talent müsse sich ohne fremde, insbes. staatliche Hilfe durchsetzen, wird überwiegend abgelehnt. Vgl. etwa Voß, Soll es noch Kunstpreise geben? Kulturarbeit 1955, S. 8 f.

44) Die vom Deutschen Kunstrat herausgegebene Übersicht "Deutsche Kunstpreise 1946 - 1961" verzeichnet für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland 65 staatliche und kommunale Preise (einschließlich der Förderpreise), die an bildende Künstler und Architekten vergeben werden.

45) z.B. "Kulturpreis" der Stadt Nürnberg; "Kulturpreis" der Stadt Kiel; "Kulturpreis" der Stadt Bielefeld; "Reuchlin-Preis" der Stadt Pforzheim; "Kulturpreis" der Stadt Paderborn; "Kulturpreis" der Stadt Goslar.

46) Vgl. den Leitartikel: "Kummer mit Preisen", magnum Heft 28, S. 66; Andritzky, Die Problematik der Literaturpreise, Kulturarbeit 1961, S. 101 ff.

47) So ist etwa der Deutsche Kunstpreis der Jugend des Landes Baden-Württemberg und der Städte Baden-Baden, Mannheim und Stuttgart mit DM 10.000,-- dotiert; der Große Niedersächsische Kunstpreis mit DM 25.000,--; der Große Kunstpreis des Landes Nordrhein-Westfalen mit je DM 25.000,-- (5 Einzelpreise); der Oberschwäbische Kunstpreis der Landkreise Biberach, Ravensburg, Saulgau und Wangen mit DM 10.000,--; der Kunstpreis Rheinland-Pfalz mit DM 10.000,--; der Kunstpreis des Landes Schleswig-Holstein mit DM 10.000,--.

leicht⁴⁸⁾. Gerade in dieser Hinsicht bestehen zwischen den einzelnen Kunstpreisen sehr erhebliche Unterschiede; neben wenigen wirklich bedeutenden gibt es eine Vielzahl solcher, die weder dem Stifter noch dem Preisträger besondere Ehre machen⁴⁹⁾. Dieser Umstand und die mit einer gewissen Regelmäßigkeit stattfindenden öffentlichen Auseinandersetzungen um den Spruch eines Preisgerichts haben über die Bedeutung der Kunstpreise zu gegensätzlichen Meinungen geführt⁵⁰⁾.

Ob heute mit den Mitteln, welche Bund, Länder und Gemeinden in Form von Kunstpreisen verteilen, "eine beachtliche Förderung des künstlerischen Schaffens" erzielt wird⁵¹⁾, mag offen bleiben; daß diese Preise eine typische Möglichkeit moderner öffentlicher Kunstförderung und als solche wertvoll sind, wird sich dagegen kaum bestreiten lassen.

5. Zuschüsse für künstlerische Veranstaltungen (speziell: Filmförderung)

Staat und Gemeinden geben für bestimmte künstlerische Veranstaltungen Zuschüsse. So werden etwa Theaterfestspiele⁵²⁾, Kunstaus-

48) Vgl. Mewes, Kulturpreise der Städte, Der Städtetag 1958, S. 201; Andritzky, in: Deutsche Kunstpreise 1946 - 1961, S. 5; ders., Die Problematik der Literaturpreise, Kulturarbeit 1961, S. 102.

49) Vgl. Andritzky, in: Deutsche Kunstpreise 1946 - 1961, S. 7. Vgl. auch Zuhorn, Kulturpflege, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Band, S. 191, der auf Nr. 9 der Leitsätze zur kommunalen Kulturarbeit (Stuttgarter Leitsätze des Deutschen Städtetages vom 18./19.1.1952) verweist: Kulturpreise "sollten nur gestiftet oder beibehalten werden, wenn Art und Größe des Preises würdig sind".

50) Vgl. "Kummer mit Preisen", a.a.O. (46), einerseits; Andritzky, Die Problematik der Literaturpreise, Kulturarbeit 1961, S. 101 ff.; Mewes, a.a.O. (48), und Voß, a.a.O. (44), andererseits; ferner Biermann-Ratjen, Kultur und Staat, S. 128 f.

51) So Mewes, a.a.O. (48), S. 204.

52) z.B. Bayreuther Festspiele (Bundeshaushaltsplan 1964, Kap. 0602 Tit. 660 Erl. 1d; vgl. auch Kulturpolitik der Länder 1961 und 1962, S. 46); Ruhrfestspiele Recklinghausen und Festspiele Bad Hersfeld (Bundeshaushaltsplan 1964, Kap. 0602 Tit. 660, Erl. 11; vgl. auch Kulturpolitik der Länder 1961 und 1962, S. 103). Über die Entstehung und Probleme der Ruhrfestspiele vgl. Triesch, Die Macht der Funktionäre, S. 248 ff.

stellungen⁵³⁾, Gastspielreisen deutscher Künstler ins Ausland⁵⁴⁾ unterstützt. Hierher ist auch die Befreiung von der Vergnügungssteuer zu rechnen, die künstlerischen Veranstaltungen zugute kommt⁵⁵⁾.

Für den Film sind von den Ländern und vom Bund besondere Förderungsmaßnahmen getroffen worden.

Die Länder haben zur Förderung des "guten Films" in den Vergnügungssteuergesetzen die Vorführung wertvoller Filme von der Vergnügungssteuer ganz oder teilweise befreit. Die Beurteilung der Filme erfolgt heute einheitlich für alle Länder der Bundesrepublik durch die Filmbewertungsstelle Wiesbaden⁵⁶⁾, die bereits 1951 eingerichtet wurde. Ihre Gutachtertätigkeit für die Mehrzahl⁵⁷⁾ der Länder beruhte zunächst auf einer Verwaltungsverein-

53) Vgl. etwa Bundeshaushaltsplan 1964, Kap. 0602 Tit. 660, Erl. 1h; Haushaltsplan für Berlin 1964, Kap. B 3000, Haushaltsstelle 377; ferner die Angaben bei Hörstel, Fragen zur Kunstsubvention, S. 7, über die Finanzierung der Ausstellung "documenta" 1959 in Kassel; auch Beckelmann, Baden-Badener Kunstgespräch: Wird die moderne Kunst gemanagt? S. 28.

54) Vgl. Bundeshaushaltsplan 1964, Kap. 0502 Tit. 302.

55) Baden-Württemberg: Vergnügungssteuergesetz i. d. F. der Bekanntmachung v. 1.4.1964, GBl. S. 205, § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2; Bayern: Vergnügungssteuergesetz i. d. F. v. 6.3.1961 GVB1. S. 81, Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2; Berlin: Vergnügungssteuergesetz i. d. F. v. 10.5.1962, GVB1. S. 465, § 2 Abs. 1 Nr. 1 - 3; Bremen: G. über die Vergnügungssteuer v. 22.4.1958, GBl. S. 39, § 1 Abs. 3 Nr. 1; Hamburg: Vergnügungssteuergesetz v. 13.4.1962, GVB1. S. 97, § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2; Hessen: G. über die Vergnügungssteuer i. d. F. v. 11.7.1961, GVB1. S. 106, § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2; Niedersachsen: Vergnügungssteuergesetz i. d. F. v. 14.12.1962, GVB1. S. 246, § 3 Abs. 1 Nr. 1 - 5; Nordrhein-Westfalen: G. über die Vergnügungssteuer i. d. F. v. 25.6.1962, GVB1. S. 355, § 3 Abs. 1 Nr. 1 - 3; Rheinland-Pfalz: Vergnügungssteuergesetz i. d. F. v. 26.4.1962, GVB1. S. 45, § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2; Saarland: VO über die Erhebung der Vergnügungssteuer i. d. F. v. 10.9.1959, AB1. S. 1291, § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2;

56) Vgl. VGH Kassel, Urt. v. 28.2.1962, DVBl. 1962, S. 605. Über die Tätigkeit der Filmbewertungsstelle berichtet Krings, Für die Unabhängigkeit der Filmbewertung, Kulturarbeit 1956, S. 222 ff. Vgl. ferner die zum zehnjährigen Bestehen 1962 herausgegebene Schrift "10 Jahre Filmbewertungsstelle Wiesbaden".

57) Vgl. Bekanntmachung des Hessischen Ministers für Erziehung und Volksbildung vom 7.9.1951, Staatsanzeiger des Landes Hessen 1951, S. 568.

barung der Kultusminister vom 20. August 1951⁵⁸⁾, die auf Beschluß der Kultusministerkonferenz vom 8./9. März 1956⁵⁹⁾ durch die Verwaltungsvereinbarung über die Filmbewertungsstelle Wiesbaden vom 20. September 1957⁶⁰⁾ abgelöst wurde.

Werden bei Filmvorführungen Filme gezeigt, die von der Filmbewertungsstelle mit dem Prädikat "wertvoll" oder "besonders wertvoll" ausgezeichnet wurden, so ermäßigt sich die Vergnügungssteuer, deren allgemeiner Steuersatz zwischen 10 und 20 % des Eintrittspreises beträgt, um einen wesentlichen Teil bzw. entfällt ganz⁶¹⁾. Darüber hinaus hat die Prädikatisierung, die in der Filmwerbung bekannt gemacht wird, unmittelbare Werbewirkung, ähnlich wie eine positive Kritik.

Im Rechnungsjahr 1950/51 hat der Bund DM 20.000.000,-- für Ausfallbürgschaften zugunsten der deutschen Filmproduktion bereitgestellt⁶²⁾. Die Regelung des Verfahrens und die Bedingungen für die Übernahme von Bürgschaften sind in den unveröffentlichten Verfahrensvorschriften und Bedingungen vom 28. Juni 1950 niedergelegt worden⁶³⁾. Diese Hilfsaktion wurde bis 1955 fortgesetzt⁶⁴⁾. Sie hat die deutsche Filmwirtschaft zunächst einmal am Leben er-

58) Vgl. Art. 18 der Vereinbarung v. 20.9.1957 (unten Anm. 60); Weisrock, Einheitliche Bewertung der Filme, Staats-Zeitung und Staatsanzeiger für Rheinland-Pfalz 1951, Nr. 38 vom 23.9.1951, S. 5.

59) Sammlung der Beschlüsse der Ständigen Konferenz der Kultusminister, Nr. 2065.

60) GVBl. Nordrhein-Westfalen 1957, S. 272; erweitert durch Beitritt des Saarlandes laut Abkommen vom 10.3.1959, GVBl. Nordrhein-Westfalen 1959, S. 91.

61) Vgl. die oben, S. 74 Anm. 55, angeführten Vergnügungssteuergesetze, Baden-Württemberg: § 10; Bayern: Art. 3 Abs. 1 Nr. 5 und Art. 10; Berlin: § 8; Bremen: § 9; Hamburg: § 9; Hessen: § 10; Niedersachsen: § 10; Nordrhein-Westfalen: § 11; Rheinland-Pfalz: § 11; Saarland: § 11; Schleswig-Holstein: § 10.

62) Vgl. Beschluß des BT v. 31.3.1950, BT 1. Wahlper. Sten.Prot. S. 2120; Drucks. 418 und 775. Die gesetzliche Grundlage der beschlossenen Maßnahmen bildete das Gesetz über die Übernahme von Sicherheitsleistungen und Gewährleistungen zur Förderung der deutschen Wirtschaft v. 21.7.1951 (BGBl. I, S. 471).

63) Vgl. Karl-Otto Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, S. 39.

64) Gesetzliche Grundlage: 2. Gesetz über die Übernahme von Sicherheitsleistungen und Gewährleistungen zur Förderung der deutschen Wirtschaft vom 9.6.1953 (BGBl. I, S. 380).

halten⁶⁵⁾; sie hat aber weder die strukturellen Mängel der deutschen Filmwirtschaft behoben noch zu einer Verbesserung des künstlerischen Niveaus ihrer Produktion beigetragen⁶⁶⁾. Aus diesem Grunde wurde sie am 31. Dezember 1955 beendet und durch das Prämien-system ersetzt.

Der Bund fördert heute das deutsche Filmschaffen durch die Vergabe von Spielfilm⁶⁷⁾ und Kulturfilmprämien⁶⁸⁾ und durch die Stiftung des Deutschen Filmpreises⁶⁹⁾. Dieser wurde erstmals für das Jahr 1951 vergeben⁷⁰⁾, wobei sich allerdings die Situation, in der sich der deutsche Film befand, dadurch verdeutlichte, daß das Preisgericht einen preiswürdigen inländischen Spielfilm nicht finden konnte⁷¹⁾. Seither ist der Deutsche Filmpreis, der in verschiedene Teile zerfällt, fast jedes Jahr vergeben worden; die Ausstattung der Preise mit Prämien ist laufend verbessert worden⁷²⁾. Der

65) Vgl. Erklärung des Bundesministers für Wirtschaft in der 120. Sitzung des Bundestages vom 22.2.1951, BT 1. Wahlper. Sten. Prot. S. 4601; Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Fragen der Presse, des Rundfunks und des Films (10. Ausschuß) vom 26.1.1955, BT 2. Wahlper. Drucks. 1187, Teil A. Vgl. auch Götz-Dieter Wulf, Die Situation der deutschen Filmwirtschaft, Kulturarbeit 1950, S. 51 ff., der Kreditnot und übergroße Filmimporte für die Misere der deutschen Filmproduktion nach dem Zusammenbruch und der Währungsreform verantwortlich macht.

66) Vgl. Schriftlicher Bericht des 10. Ausschusses, a.a.O. (65). An privaten kritischen Stimmen seien genannt: Lüders, Sind deutsche Spitzenfilme noch möglich? Kulturarbeit 1953, S. 203 ff.; Thiele, A fonds perdu? Bundesgelder im deutschen Film, Kulturarbeit 1951, S. 135 f.; Hildegard Tornau, Die falsche Gleichung. Zur Situation der deutschen Filmbürgerschaft, Kulturarbeit 1954, S. 224 ff. Vgl. auch Kempe, Woran krankt der deutsche Film? Kulturarbeit 1956, S. 43 ff.

67) Vgl. Erlaß des Bundesministers des Innern über die Vergabe von Spielfilmprämien v. 30.11.1964, GMBL. S. 622.

68) Vgl. Erlaß des Bundesministers des Innern über die Vergabe von Kulturfilmprämien v. 18.8.1962, GMBL. S. 402.

69) Vgl. Erlaß des Bundesministers des Innern über den Deutschen Filmpreis v. 12.4.1963, GMBL. S. 188.

70) Vgl. Erlaß des Bundesministers des Innern über die Auszeichnung bester Jahresleistungen im deutschen Filmschaffen v. 10.2.1951, GMBL. S. 18, und Ergänzender Erlaß v. 28.5.1951, GMBL. S. 130.

71) Vgl. Bekanntmachung des Bundesministers des Innern v. 11.3. 1952 über die Vergebung des Deutschen Filmpreises für 1951, GMBL. S. 38.

72) Vgl. Die Erlasse des Bundesministers des Innern v. 24.10.1952, GMBL. S. 305 (noch keine Erhöhung der Prämien); v. 28.5.1953, GMBL. S. 170; v. 25.3.1954, GMBL. S. 185; v. 30.4.1956, GMBL. S. 259; v. 30.4.1957, GMBL. S. 148; v. 26.4.1958, GMBL. S. 190; v. 24.4.1959, GMBL. S. 235; v. 7.4.1961, GMBL. S. 271; v. 17.4.1962, GMBL. S. 190 und v. 12.4.1963, GMBL. S. 188.

Deutsche Filmpreis gliedert sich in Herstellerpreise und -prämien und in Preise für Einzelleistungen (z.B. Gestaltung einer Hauptrolle, Drehbuch usw.).

Während der Deutsche Filmpreis für die besten deutschen Filme und die besten Einzelleistungen vergeben wird, für den Filmproduzenten also neben der erheblichen Prämie⁷³⁾, die grundsätzlich zur Herstellung eines neuen Films verwendet werden muß, und für die anderen Preisträger eine wertvolle Publizität bedeutet, stellen sich die Filmprämien als reine Form des Zuschusses dar. Der Hersteller eines "guten" Filmes⁷⁴⁾ erhält eine Prämie, die derzeit bei Spielfilmen DM 200.000,--, bei Kulturfilmen DM 10.000,-- (Schwarz-Weiß-Filme) bzw. 15.000,-- (Farbfilme) oder DM 60.000,-- bzw. 80.000,-- (abendfüllende Filme) beträgt. Sie ist zur Finanzierung eines neuen Filmvorhabens bestimmt⁷⁵⁾. Das System der Filmprämien ist 1957 zur Förderung des Kulturfilms eingeführt worden⁷⁶⁾, zunächst begrenzt auf das Rechnungsjahr 1956/57, ist aber in der Folgezeit zur ständigen Einrichtung geworden⁷⁷⁾ und ist 1961 auf Spielfilme ausgedehnt worden⁷⁸⁾.

Im Rechnungsjahr 1964 sind für die Filmförderung des Bundes durch Filmpreise und Filmprämien DM 4.600.000,-- angesetzt. Alle staatlichen Förderungsmaßnahmen haben indessen nicht verhindern können, daß der deutsche Film an die Grenze der künstlerischen Bedeutungs-

73) Sie beträgt für den besten Film, der mit der goldenen Schale, einem Wanderpreis, ausgezeichnet wird, DM 450.000,--, für die mit dem Filmband in Gold oder in Silber ausgezeichneten Spielfilme DM 350.000,-- bzw. DM 300.000,--; für Kultur- und Dokumentarfilme DM 120.000,-- bzw. DM 100.000,-- (bei Farbfilmen DM 168.000,-- bzw. DM 140.000,--).

74) Bezeichnenderweise werden keineswegs hervorragende Filme verlangt (vgl. Erlaß v. 17.4.1962, GMB1. S. 192).

75) Vgl. Erlaß des Bundesministers des Innern über die Vergabe von Spielfilmprämien vom 17.4.1962, GMB1. S. 192 (Nr. III 4); Erlaß des Bundesministers des Innern über die Vergabe von Kulturfilmprämien vom 16.8.1962, GMB1. S. 402 (Nr. III 4).

76) Vgl. Erlaß des Bundesministers des Innern über die Vergabe von Kulturfilmprämien im Rechnungsjahr 1956 v. 2.1.1957, GMB1. S. 30.

77) Vgl. Erlaß des Bundesministers des Innern über die Vergabe von Kulturfilmprämien v. 13.11.1957, GMB1. S. 595; Erlaß des Bundesministers des Innern über die Vergabe von Kulturfilmprämien v. 3.12.1959, GMB1. S. 465; Erlaß des Bundesministers des Innern über die Vergabe von Kulturfilmprämien v. 19.7.1961, GMB1. S. 484.

78) Vgl. Erlaß des Bundesministers des Innern über die Vergabe von Spielfilmprämien v. 16.8.1961, GMB1. S. 638.

losigkeit herabgesunken ist⁷⁹⁾.

6. Aufträge an Künstler

In den Kreis der öffentlichen Kunstförderung sind schließlich diejenigen rechtsgeschäftlichen Handlungen einzurechnen, welche sich aus der früher verbreiteten Form des Auftrages an den Künstler⁸⁰⁾ entwickelt haben. Staats- und Kommunalverwaltungen erwerben Gemälde und Plastiken lebender Künstler zur Bereicherung ihrer Museen, zum Schmuck für Amtsräume, öffentliche Gebäude oder öffentliche Plätze⁸¹⁾. Während es sich dabei meist um den Ankauf fertiger Werke handelt, herrscht die Form des Auftrages vor bei der Errichtung und Ausgestaltung von Bauwerken. Gerade auf dem Gebiet der Architektur haben Staat und Gemeinden bedeutende Neuschöpfungen ermöglicht, und sehr wertvoll hat sich auch die in manchen Bundesländern und Gemeinden getroffene Regelung ausgewirkt, bei der Errichtung öffentlicher Gebäude einen bestimmten Teil der Bausumme, meist 2 %, für die künstlerische Ausgestaltung aufzuwenden⁸²⁾.

Hierher zählen etwa auch der Ankauf von Werken lebender Künstler für Kunst- und Gemäldegalerien⁸³⁾, ebenso die Anschaffung literarischer Werke für öffentliche Bibliotheken.

79) Vgl. Mennekes, Film - Vergnügen und Steuer, S. 71 und passim. Die polemische Schrift leidet allerdings unter allzu großer Einseitigkeit. Ferner: Mogge, Die Filmkrise in Deutschland, Kulturarbeit 1957, S. 44 f.; Kempe, Woran krankt der deutsche Film? Kulturarbeit 1956, S. 43 ff.; Schulze-Reimpell, Hat der deutsche Film noch eine Chance? Kulturarbeit 1962, S. 87 f.

80) Vgl. dazu Baumeister, Das Unbekannte in der Kunst, S. 69; Watson, Kunst, Künstler und soziale Kontrolle, S. 30 ff.

81) Vgl. dazu den Bericht von Passarge, Plastik im Stadtbild, Kulturarbeit 1951, S. 8 f., über die Aufstellung zeitgenössischer Bildhauer-Arbeiten in den Grünanlagen der Stadt Mannheim.

82) Vgl. Schnerr, Staatliche Verwaltung im Bereich der Kunst, BayVBl. 1960, S. 308; Kulturpolitik der Länder 1960, S. 64 f. (Bremen), 77 ff. (Hamburg); Kania, Eine Mittelstadt sammelt zeitgenössische Kunst, Kulturarbeit 1960, S. 231 f.; von Rath, Wie können die Städte der bildenden Kunst helfen? Der Städtetag 1953, S. 578.

83) Die Zahl solcher Museen betrug 1954 32 (Nachweis: Martin, Sammlungen und Ausstellungen zeitgenössischer Kunst, in: Thiele, Die Situation der Bildenden Kunst in Deutschland, S. 39 ff. (50 ff.)).

Diese Form der öffentlichen Kunstförderung kommt meist den bildenden Künstlern zugute. Aufträge an Komponisten oder an Autoren von Theaterstücken sind demgegenüber selten geworden⁸⁴⁾. Dagegen werden in beiden Bereichen die ausübenden Künstler ziemlich häufig verpflichtet.

Soweit es sich nicht um Ausbildungsförderung handelt, erscheint die Form des Auftrages oder des Erwerbes fertiger Werke die würdigste und daher beste Form der Förderung eines bestimmten Künstlers⁸⁵⁾, jedenfalls angemessener als Kunstpreise, Ehrengaben und Beihilfen. Sie ist indessen nicht mehr ausreichend - und ist es wohl nie gewesen.

III. Die Befugnis des Staates zur Kunstförderung

Die Übersicht über staatliche und kommunale Maßnahmen zur Förderung der Kunst hat das Bild einer weitverzweigten und weitgespannten Aktivität erbracht, die unter Einsatz erheblicher Mittel erfolgt. Daß über die Effektivität dieser Ausgaben Meinungsverschiedenheiten bestehen, ist nicht verwunderlich. Handelt es sich doch um das Handeln der öffentlichen Verwaltung auf einem Gebiet, auf das ihre Kategorien nicht passen⁸⁶⁾. Man wird der Schärfe des

-
- 84) Vgl. Vietta, Katastrophe oder Wende des deutschen Theaters, S. 17; Becker-Kluge, Kulturpolitik und Ausgabenkontrolle, S. 186 ff. Daß insbesondere die oft beklagte Misere des deutschen Theaters vom Fehlen neuer Autoren gesehen werden muß, legt Fr. Luft, Theaterfülle - Dramenleere, Jahresring 1956/57, S. 363 ff. und: Dreißig Millionen suchen einen Autor, Jahresring 1959/60, S. 377 ff., dar. Die Situation der Komponisten wird wesentlich günstiger beurteilt; vgl. Ehinger, Die Situation der jungen deutschen Komponisten, Jahresring 1957/58, S. 386 ff.; ähnlich Stuckenschmidt, Musik um die Jahrhundertmitte, in: Staat und Kunst, S. 179. (Besonders die Rundfunkanstalten vergeben gut honorierte Aufträge an Komponisten).
- 85) Vgl. dazu Andritzky, in: Deutsche Kunstpreise 1946 - 1961, S. 7; Zuhorn, Kulturpflege, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Band, S. 191; Leitsätze zur kommunalen Kulturarbeit (Stuttgarter Richtlinien) Nr. 10, Der Städtetag 1952, S. 69 ff.
- 86) Vgl. Biermann-Ratjen, Kultur und Staat, S. 128. Sehr deutlich, für den Bereich ihrer Untersuchung, Becker-Kluge, Kulturpolitik und Ausgabenkontrolle, S. 152 ff.

Problems nicht gerecht, wenn man meint, die Verwaltung auf eine formale, gewissermaßen neutrale Förderung beschränken zu können⁸⁷⁾; denn jede Förderung der Kunst, noch dazu wenn man sie als Qualitätsförderung postuliert⁸⁸⁾, bewirkt notwendig Lenkung, Manipulation und Kontrolle⁸⁹⁾. Daher muß man nach der Berechtigung der öffentlichen Kunstpflege fragen, weil die Fähigkeit und die Berufung der "Kunstverwaltung" zweifelhaft sind.

Dabei geht es um das Verständnis der heutigen Situation, welche durch das intensive Engagement des Staates und der Kommunen gekennzeichnet ist⁹⁰⁾. Es ist von Interesse, inwieweit es sich dabei um eine neue öffentliche Aufgabe handelt.

1. Staatliche Kunstpflege im 19. Jahrhundert

Im Grunde genommen ist es eine romantisch-liberale Verbrämung der Vergangenheit, wenn man Kunstpflege und "Kunstopolitik" des Staates als ein Phänomen unseres Jahrhunderts ansieht und glaubt, in früheren Zeiten habe sich das Verhältnis von Staat und Kunst auf eine "gegenseitige Respektierung" beschränkt⁹¹⁾.

87) Vgl. etwa Thomas Mann, Betrachtungen eines Unpolitischen, S. 239: "Die Befähigung und Befugnis zu formaler Förderung wird der in dieser Sphäre (sc. des Geistes) Beheimatete dem Staate hier allenfalls zugestehen, obwohl er finden mag, daß Seine Exzellenz sich schon dabei ziemlich tölpelhaft ausnimmt. Jeden Versuch inhaltlicher Regelung aber wird er je nach seiner Gemütsart sich leidenschaftlich verbitten oder mit Geringschätzung übersehen..."

88) So Schnerr, Staatliche Verwaltung im Bereich der Kunst, BayVBl. 1960, S. 304.

89) Vgl. E.R. Huber, Zur Problematik des Kulturstaates, S. 8; Ridder, Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 268, Anm. 87.

90) Vgl. Becker-Kluge, a.a.O. (86), S. 105; Hellmut Becker, Wer finanziert die kulturelle Freiheit? in: Kulturpolitik und Schule, S. 25; Marta Mierendorff, Zur Typologie der Vorurteile über Kunst und Kunstleben, Kulturarbeit 1958, S. 189.

91) So etwa Schütz, Brennpunkte der Kulturpolitik, S. 126. - Man könnte allenfalls sagen, daß heute die Respektierung einseitig sei. - Bedenken bestehen auch gegen die Behauptung von Hellmut Becker, a.a.O. (90), S. 16 f., "in großen Zeiten privaten kulturellen Mäzenatentums" habe "sich die privatwirtschaftliche Finanzierung auf eine wirtschaftliche Hilfestellung beschränkt". Eine so liberale Haltung kann immer nur als Ausnahme gesehen werden, will man nicht die ganze fortschreitende Kulturentwicklung als Dekadenzerscheinung abwerten.

Die Kunst ist von jeher mit den Großen der Welt verknüpft gewesen⁹²⁾, und schon die griechischen Tyrannen haben eine regelrechte Kulturpolitik getrieben⁹³⁾, die attische Demokratie hat sogar eine Verbindung von Kunst und Staat versucht⁹⁴⁾. Die Reihe ließe sich fortsetzen; als Beispiele seien nur noch die italienischen Renaissancefürsten und Louis XIV als Vorbild des absolutistischen Herrschers genannt⁹⁵⁾. Solche Schirmherrschaft über die Kunst bedeutete zugleich eine unmittelbare und rigorose Kontrolle des kulturellen bis tief in die individuelle künstlerische Produktion, unbehindert von Zuständigkeiten und rationalen Verfahrensordnungen⁹⁶⁾.

a) Staatliche Tätigkeit

Der geschichtliche Rückblick braucht nicht über das 19. Jahrhundert hinaus zurückzugehen, weil erst in dieser Zeit das neuzeitliche deutsche Staatswesen entsteht. Dabei ist in Beziehung auf die öffentliche Kunstförderung die Existenz von Verfassungen, seien es Länderkonstitutionen oder die Reichsverfassung von 1871, ohne wesentliche Bedeutung, da keine deutsche Verfassung des 19. Jahrhunderts die spezielle Freiheit der Kunst normiert hat. Allerdings hat die Verfassung natürlich insoweit Bedeutung, als sie die allgemeine Freiheit des Einzelnen garantiert.

Die Obrigkeit hat sich im 19. Jahrhundert in erheblichem Umfang um die Pflege der Kunst gekümmert. Dies geschah zunächst unter dem Aspekt des Bildungswesens⁹⁷⁾. Aretin⁹⁸⁾ macht die Pflege der

-
- 92) Eduard v. Mayer, Fürsten und Künstler, S. 17; Grimm, Eine Reihe von Gesichtspunkten, unsere öffentlichen Anstalten für Pflege der Kunst betreffend, Preußische Jahrbücher 29. Band (1872), S. 749: "Die Repräsentation des Monarchen bedurfte der Kunst".
- 93) Jaeger, Staat und Kultur, in: Humanistische Reden und Vorträge, S. 195 ff. (204).
- 94) Vgl. Jaeger, a.a.O. (93). Zur Stellung des griechischen Theaters vgl. auch Opet, Deutsches Theaterrecht, S. 4 f.
- 95) Vgl. Jaeger, a.a.O. (93), S. 198; auch: Grimm, a.a.O. (92), S. 748 f.
- 96) Vgl. Adorno, Kultur und Verwaltung, Merkur 14. Jahrgang, S. 108; Linfert, Kultur ist keine Sache für sich, in: Staat u. Kunst, S. 36.
- 97) Vgl. etwa Roesler, Das sociale Verwaltungsrecht, 2. Band, S. 224 ff. (S. 227 Anm. 4). Für das Theater ist das besonders deutlich; vgl. Opet, a.a.O. (94), S. 28 f. Hier haben Schillers Gedanken in dem Aufsatz, Die Schaubühne als moralische Anstalt betrachtet, offenbar vorbildlich gewirkt.
- 98) Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, 2. Band, 1. Abteilung II § 12 - S. 65.

Kunst zur Aufgabe der Regierung, da die Künste "zur Verherrlichung der Nation, ihrer guten Fürsten, ihrer großen Taten, ihrer edlen Gesinnungen" dienen. Wo sie das nicht tun, sollen sie "keine Aufmunterung bei der Regierung finden". Die Aufgabe der Verwaltung ist zunächst, wie Lorenz von Stein⁹⁹⁾ später kritisch feststellt, bloß ein "ethisch-pädagogisches" Anliegen. Demgegenüber betont er den "wirtschaftlichen Wert der Kunst überhaupt"¹⁰⁰⁾, weil die reine Kunst am Ende die einzig dauernde Grundlage der gewerblichen Kunst sei. Dadurch wird für ihn die Kunstbildung, "das künstlerische Berufsbildungswesen" eine Aufgabe der Verwaltung. Tatsächlich haben auch die großen deutschen Länder Kunstausbildungsstätten, insbesondere Akademien¹⁰¹⁾, unterhalten. Der Liberale Robert von Mohl¹⁰²⁾ stellt die Frage nach dem Umfang der staatlichen Tätigkeit zur Ausbildung der Künstler. Staatliche Unterrichtsanstalten dürften nach ihm nur insoweit errichtet werden, als Privatanstalten nicht in der Lage sind, sachgemäße Ausbildung zu gewähren, etwa weil die Kosten zu hoch sind. Im übrigen solle der Staat jede "Aufmunterung", den Beruf des Künstlers zu ergreifen, unterlassen, solange gewisse gesellschaftliche Gegebenheiten fehlen, als da seien "Freude und Sinn des ganzen Volkes an der Kunst", "bedeutender Volkswohlstand", "Befreiung von Krieg, inneren Unruhen"¹⁰³⁾. Große praktische Bedeutung dürfte diesen Einschränkungen schon damals nicht zugekommen sein; denn Mitte des 19. Jahrhunderts und in den Jahren nach der Reichsgründung existierten bereits die wichtigsten staatlichen Einrichtungen zur

99) Verwaltungslehre, 5. Teil, S. 285.

100) a.a.O. (99), S. 283; vgl. aber auch 6. Teil, S. 31, wo das Moment der allgemeinen Bildung in den Vordergrund gerückt ist.

101) Österreich: Akademie der bildenden Künste in Wien seit 1850; Preußen: Akademie der Künste in Berlin seit 1699 (gegründet wurde sie 1692, erhielt aber ihr Statut erst 1699; vgl. v. Rönne, Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie, 4. Band, S. 735); Bayern: Akademie der bildenden Künste in München seit 1808 (Nachweise bei L. v. Stein, Verwaltungslehre, 5. Band, S. 285 f.; 6. Band, S. 34 ff. Vgl. auch Grimm, Die Akademie der Künste und das Verhältnis der Künstler zum Staate, S. 1 f.; Carriere, Artikel: Kunstakademie, Kunstpflege, in: Deutsches Staats-Wörterbuch, 6. Band, S. 167 ff.).

102) R. v. Mohl, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Band, S. 680.

103) a.a.O. (102), S. 681; ähnlich Grimm, a.a.O. (101), S. 24 ff.: der Staat dürfe die Künstler nicht zu ihrem Beruf ermuntern; sie müßten auf sich selbst gestellt bleiben.

Ausbildung der Künstler¹⁰⁴⁾. Auf diesem Gebiet hat sich,,jedenfalls äußerlich, nichts entscheidend verändert. Der Staat des 19. Jahrhunderts sah es als seine Aufgabe an, die Bildung des Sinnes für das Schöne nicht dem Zufall privater Initiative zu überlassen, sondern die erforderlichen Einrichtungen dafür bereitzustellen¹⁰⁵⁾.

b) Die Bedeutung des Monarchen

Handelte auf diesem speziellen Sektor der Kunstförderung bereits der Verwaltungsstaat als solcher - wodurch eben die Unterschiede zur gegenwärtigen Situation unwesentlich erscheinen -, so ist im übrigen Kunstförderung im 19. Jahrhundert durch zwei Momente gekennzeichnet und von heute unterschieden¹⁰⁶⁾: durch die Existenz des Monarchen und durch das Bestehen einer selbstbewußten autonomen Gesellschaft¹⁰⁷⁾.

Dem Monarchen war es unbenommen, aus eigener Machtvollkommenheit und etwa aus den Mitteln seiner Civilliste¹⁰⁸⁾ Künstler durch Geldunterstützungen, Ehrenbelohnungen oder Aufträge zu fördern. Diese Pflege der Kunst durch "den Hof", "mehr außerhalb des Rechtslebens"¹⁰⁹⁾ erfolgend, hängt natürlich von der Person des Monarchen ab und ist daher mit wechselnder Intensität betrieben worden, hat aber im 19. Jahrhundert in den größeren deutschen Ländern und im Reich (Preußen) wohl immer stattgefunden¹¹⁰⁾. Dabei handelt es sich

104) Vgl. auch v. Rönne, Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie, 4. Band, S. 735 f.

105) Vgl. R. v. Mohl, a.a.O. (102), S. 677; Roesler, Das sociale Verwaltungsrecht, 2. Band, S. 224 ff.; Carriere, a.a.O. (101), S. 165.

106) Vgl. dazu Schütz, Der Staat als Mäzen, in: Staat und Kunst, S. 14 f.

107) In der Kunstgeschichte wird allerdings behauptet, daß bereits am Ende des 18. Jahrhunderts der Künstler die Bindungen an die Gesellschaft verloren habe; vgl. Anton Henze, Die zweite Hälfte der Kunst, Kulturarbeit 1962, S. 61. Das ist jedoch für Deutschland wohl nur mit Einschränkungen richtig.

108) Vgl. R. v. Mohl, a.a.O. (102), S. 687.

109) Kitzinger, Artikel 142 Satz 1, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Band, S. 456.

110) Vgl. die Angaben bei Kitzinger, a.a.O. (109), S. 455 f.; E. v. Mayer, Fürsten und Künstler, S. 33; R.v.Mohl, a.a.O. (102), S. 687 f.; Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 13.

nicht, was hier wichtig ist, um eine staatliche Tätigkeit¹¹¹⁾, sondern um eine persönliche, rechtlich ungebundene Entscheidung des Monarchen. Daß seine Entscheidungen, sein künstlerischer Geschmack darüber hinaus auch staatliches Handeln, gewollt oder ungewollt, stark beeinflußt haben, hat Kitzinger¹¹²⁾ an einigen Beispielen aus der Regierungszeit Wilhelms II. nachgewiesen¹¹³⁾.

Die Bedeutung des monarchischen Staatsoberhauptes wird am Beispiel des Theaters besonders deutlich. Vereinfachend kann man sagen, daß das Theater im Zeitalter des Absolutismus Hoftheater wurde¹¹⁴⁾.

Von daher erklärt sich die enge Verbindung des fürstlichen Hofes mit dem Theater, das sich nur in Ausnahmefällen selbst tragen konnte, meist beträchtlicher Unterstützung bedurfte¹¹⁵⁾ und sie auch erhielt. Der Intendant, welcher das Theater verwaltete, war abhängig nur vom Vertrauen des Monarchen; selbst wenn er nominell einem Verwaltungsressort unterstand, war dies für seine Stellung praktisch bedeutungslos¹¹⁶⁾.

111) Vgl. Kitzinger, a.a.O. (109); Grimm, Eine Reihe von Gesichtspunkten, unsere öffentlichen Anstalten für Pflege der Kunst betreffend, Preußische Jahrbücher 29. Band, S. 747; ders., Die Akademie der Künste und das Verhältnis der Künstler zum Staate, S. 26 f.

112) a.a.O. (109).

113) Das wird auch deutlich bei C.H. Becker, Die preußische Kunstpolitik und der Fall Schillings, in: Kulturverwaltung der zwanziger Jahre, S. 131: Die "Kunstverwaltung" vor 1918 habe auf zwei Potenzen beruht, den großen Fachautoritäten außerhalb des Ministeriums und den Praktikern des Ministeriums. Da die ersteren vom Vertrauen der Krone getragen wurden und sie die eigentliche Kunstpolitik machten, besaß der Kaiser notwendigerweise erheblichen sachlichen Einfluß. Vgl. auch Fritzsching, Die wirtschaftliche Lage der bildenden Künstler seit Kriegsende, Annalen des Deutschen Reichs 1921/1922, S. 156 f.; Grimm, Die Akademie der Künste und das Verhältnis der Künstler zum Staate, S. 28 ff.

114) Über seine Bedeutung vgl. L.v. Stein, Verwaltungslehre, 6. Band, S. 30. Vgl. auch Hildegard Tornau, Die falsche Gleichung. Zur Situation der deutschen Filmbürgerschaft, Kulturarbeit 1954, S. 224; ferner Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4, S. 14.

115) R. v. Mohl, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Band, S. 686.

116) Vgl. Becker-Kluge, Kulturpolitik und Ausgabenkontrolle, S. 170. Vgl. auch Müsebeck, Das Preußische Kultusministerium vor hundert Jahren, S. 114 f.: Der Versuch W. v. Humboldts, das Theater der von ihm geleiteten 3. Abteilung des Innenministeriums unterzuordnen, schlug fehl. Der Intendant Iffland erhielt durch Kabinettsordre vom 26.4.1809 die Zusicherung, daß das unmittelbare Verhältnis des Theaters zum König bestehen bleibe und Einmischung nicht zu befürchten sei. Zur Stellung des Hof-

c) Das private Mäzenatentum

Der Monarch konnte bei dieser Sachlage eine sehr persönlich gefärbte Kunstpolitik betreiben. Und mancher König oder Kaiser hat in der Tat einen ebenso persönlichen wie verfehlten Einfluß ausgeübt. Daß dies im 19. Jahrhundert, im großen und ganzen gesehen, ohne grössere Folgen blieb, findet seine Ursache, jedenfalls auch¹¹⁷⁾, in der sich entwickelnden Autonomie der bürgerlichen Gesellschaft¹¹⁸⁾. Anfang des 19. Jahrhunderts entstanden in Deutschland die privaten Kunstvereine als Mittler zwischen Künstler und Publikum. Sie wirkten als Mäzenaten durch die Vergabe von Kunstpreisen, Aufträgen und durch Unterstützung von einzelnen Künstlern. Die von ihnen veranstalteten Ausstellungen bedeuteten für lebende Künstler eine wertvolle Hilfe im Bemühen um Anerkennung. Daneben gab es eine beträchtliche Zahl einzelner Kunstliebhaber und Sammler, die Kunstwerke erwarben und dadurch den Künstler unterstützten oder im Einzelfall auch junge Künstler förderten¹¹⁹⁾. Gerade die Anhänger der modernen Kunstrichtungen waren oft ganz auf solche Mäzenaten angewiesen.

Die "Gesellschaft" war in den größeren Städten auch noch in der Lage, ein privates Theater zu tragen¹²⁰⁾, einfach dadurch, daß in der Schicht der Wohlhabenden ein interessiertes Stammpublikum existierte, welches kostendeckende Eintrittspreise bezahlte¹²¹⁾. Man wird überhaupt in der Kunstpflege der Kommunen ein Zentrum gesellschaftlicher Kunstförderung sehen müssen.

theaters unter dem Gesichtspunkt der Zensur vgl. Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft. und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 33.

117) Es geht hier natürlich um die "Machbarkeit" der Kunst überhaupt Vgl. dazu oben S. 7 ff.

118) Ihr weist etwa Grimm, a.a.O. (113), S. 52 f., die Aufgabe der Kunstförderung grundsätzlich zu.

119) Grimm, Eine Reihe von Gesichtspunkten, unsere öffentlichen Anstalten für Pflege der Kunst betreffend, Preußische Jahrbücher 29. Band, S. 752, behauptet zwar - 1872 (!): "Unsere Künstler arbeiten für keine herrschende Classe mehr"; aber daß sie tatsächlich nicht für den 4. Stand arbeiteten, wird sich kaum bestreiten lassen.

120) Vgl. R.v.Mohl, a.a.O. (115). In Berlin wurde das erste öffentliche Privattheater, das spätere Deutsche Theater, 1848 gegründet; vgl. Johanne Noltenius, a.a.O. (115), S. 34.

121) Allerdings haben die Theater häufig auch "Subventionen aus öffentlichen, insbesondere auch aus kommunalen Mitteln erhalten" (Roesler, Das sociale Verwaltungsrecht, 2. Band, S. 229).

Sieht man von den Ausbildungsstätten ab, so ist die Tätigkeit der Staatsverwaltung im Bereich der Kunstpflege von geringem Umfang¹²²⁾. Unterstützung erhielten etwa Kunstvereine¹²³⁾, die damit einer Aufsicht des Staates unterliegen sollten. Staatliche Zuwendungen an Einzelpersonen, d.h. unmittelbar an die Künstler, hat es offenbar in nennenswertem Umfang nicht gegeben¹²⁴⁾. Dagegen nahm der Staat unter dem Gesichtspunkt der Polizei, der Sorge für die Bildung der Bürger, umfassende Kontrollrechte gegenüber der Verbreitung von Kunstwerken in Anspruch¹²⁵⁾.

2. Staatliche Kunstpflege in der Weimarer Republik

Weltkrieg, Revolution und Inflation brachten nicht nur das Ende der Monarchie in Deutschland, sondern auch den Zusammenbruch der Gesellschaftsordnung; "die Gesellschaft der guten alten Zeit" existierte nicht mehr¹²⁶⁾.

a) Staatliche Maßnahmen

Die von Krisen erschütterte Weimarer Republik hatte wenig Zeit, das in der Reichsverfassung verkündete Programm, der Kunst Schutz zu gewähren und an ihrer Pflege teilzunehmen (Art. 142 Satz 2), zu verwirklichen. Die Suche nach Formen staatlicher Kunstförderung erbringt daher nur verhältnismäßig wenig Ergebnisse.

122) R.v.Mohl, a.a.O. (115), S. 677 ff., stellt im Grunde eher Forderungen auf, als daß er gegebene Verhältnisse untersucht. Ebenso v. Aretin, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, 2. Band, 1. Abteilung, § 12 - S. 65 f.

123) Vgl. Müsebeck, a.a.O. (116), S. 38.

124) In Preußen wurden an Preisträger der Wettbewerbe der Akademie der Künste Reisestipendien für einen dreijährigen Aufenthalt in Italien vergeben; vgl. Grimm, Die Akademie der Künste und das Verhältnis der Künstler zum Staate, S. 1 f.

125) Vgl. v. Aretin, a.a.O. (122); R.v.Mohl, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Band, S. 677 ff.; Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Teil 1, S. 267 (Theaterzensur); ferner Kitzinger, Artikel 142 Satz 1, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Band, S. 455 f. mit Nachweisen.

126) Vgl. dazu Forsthoff, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 185; Hans Huber, Das Staatsrecht des Interventionismus, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1951, S. 173 ff. (182).

Dabei war die junge Republik durchaus willens, für die Kunst in die Bresche zu springen, welche mit der Revolution entstanden war¹²⁷⁾. Sie will - das bedeutet Art. 142 Satz 2 WV - den Staat, sei es auch nur durch Schutz und Pflege, teilnehmen lassen "an dem Ringen eines jeden Zeitalters, sich selbst für die Gegenwart und (vielleicht auch) für die Zukunft in den Höchstleistungen künstlerischen und wissenschaftlichen Strebens verkörpert zu sehen"¹²⁸⁾. Daneben steht zugleich das Verständnis der Kunst "als eines der höchsten und bedeutungsvollsten Elemente zur Begründung einer echten Volksbildung"¹²⁹⁾, was allerdings kein revolutionär neues Verständnis ist, wie die Darlegung Robert von Mohls¹³⁰⁾ zeigt.

Der Staat konnte zwar Einrichtungen und finanzielle Mittel bereitstellen, und er war in gewissem Umfang¹³¹⁾ wohl auch in der Lage, dem einzelnen Künstler wirtschaftliche Fürsorge angedeihen zu lassen - eine Lücke, die das Ende der Monarchie gelassen hatte, vermochte er nicht zu schließen: die persönliche Auszeichnung, den gesellschaftlichen Rang und die Anregungen, welche der Monarch und der Hof einem Künstler geben konnten, vermochte der schmucklosere,

-
- 127) Trotz der Krisensituation ist der Nominalwert der öffentlichen Mittel für künstlerische Zwecke über die Revolution hinweg konstant geblieben; vgl. Fritzsching, Die wirtschaftliche Lage der bildenden Künstler seit Kriegsende, Annalen des Deutschen Reichs 1921/1922, S. 157.
- 128) Hensel, Art. 150 der Weimarer Verfassung und seine Auswirkung im preußischen Recht, AöR 53, S. 329.
- 129) C.H.Becker, Die preußische Kunstpolitik und der Fall Schillings, in: Kulturverwaltung der zwanziger Jahre, S. 129; vgl. auch Gläss, Die Bedeutung der Kulturpolitik in der Demokratie, in: Die Gemeinden und die Kulturpolitik, S. 18 und passim; Katann, Artikel: Kunst, Staatslexikon, 3. Band, Sp. 703 f.; Zuhorn, Kulturpflege, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Band, S. 181.
- 130) Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Band (1866!), S. 677 ff.
- 131) Auf die praktischen Schwierigkeiten solcher Fürsorge hat in der Ausschlußberatung über den Verfassungsentwurf der Abgeordnete Ablaß hingewiesen (Verhdlg. der Verfassungsgebenden Nationalversammlung, Band 336, Anlagen zu den Sten.Ber. Nr. 391, S. 223). Ablaß sprach sich gegen den Antrag Nr. 100 - Katzenstein und Gen. - aus, in Art. 31 als Absatz 2 einzufügen: "Jeder geistig schöpferische Deutsche, der den Nachweis ernster künstlerischer, wissenschaftlicher, technischer oder sozialer Leistung erbringt, aber mit seinen Werken einen Lebensunterhalt nicht verdienen kann, genießt den Schutz und die Fürsorge des Reichs".

anonymere demokratische Staat nicht zu geben¹³²⁾.

Ausbildungsstätten¹³³⁾ und Theater wurden von den Ländern und Gemeinden über die staatliche Neuordnung hinaus weiterhin betrieben¹³⁴⁾. Größere Störungen sind insoweit nicht bekannt geworden. Allerdings veränderte sich durch den Wegfall des Monarchen die Stellung der staatlichen Theater insofern, als sie nunmehr in die Verwaltungshierarchie einbezogen wurden und ihre faktische Unabhängigkeit von der Bürokratie einbüßten¹³⁵⁾.

Die individuelle Unterstützung junger oder in Not geratener Künstler konnte infolge der allgemeinen Notlage kaum wahrgenommen werden¹³⁶⁾; die Stiftungen, welche die Vergabe von Stipendien ermöglicht hatten, waren durch die Inflation entwertet¹³⁷⁾. Die Förderung durch staatliche und kommunale Kunstpreise war nur in sehr geringem Umfang üblich.

Staat und Gemeinden versuchten nach der Überwindung der Inflation, die Förderung der bildenden Künstler durch vermehrte Vergabe von Aufträgen bei Errichtung und Ausstattung öffentlicher Gebäude zu intensivieren¹³⁸⁾. Daneben wurden etwa Kunstausstellungen vom Staat

132) Vgl. C.H. Becker, a.a.O. (129), S. 131; Fritzsching, a.a.O. (127), S. 144 f. und 156; auch Sedlmayr, Verlust der Mitte, S. 242 f. Zu weitgehend Köttgen, Die Kulturpflege und der Bund, in: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, S. 183, der den freischaffenden Künstler für die Kulturpflege fast unzugänglich hält. Offen kann bleiben, ob der demokratische Staat dies überhaupt wollte. Verneinend dazu Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 14.

133) Vgl. Katann, a.a.O. (129), Sp. 713; Fritzsching, a.a.O. (127), S. 157.

134) Allerdings nahmen weitgehend die Städte die Theater, die sie bis dahin an Privatunternehmer verpachtet hatten, nunmehr in eigene Regie; vgl. Zuhorn, a.a.O. (129), S. 180.

135) Vgl. Becker-Kluge, Kulturpolitik und Ausgabenkontrolle, S. 170 ff.

136) Vgl. Fritzsching, a.a.O. (127), S. 157 ff.

137) Vgl. Katann, a.a.O. (129), Sp. 714.

138) Vgl. etwa Runderlaß des preußischen Ministers des Innern vom 20.6.1928 (MinBl. für die Preuß. innere Verw. 1928, Sp. 633 ff.) über die Heranziehung bildender Künstler bei Errichtung kommunaler Bauten, zurückgehend auf einen Entschließungsantrag des Landtages. - Die Bedeutung der Aufträge und Erwerbungen durch die öffentliche Hand erhellt die Bemerkung von Hensel, Art. 150 der Weimarer Verfassung und seine Auswirkung im preussischen Recht, AÖR 53, S. 351, Anm. 38, sie spielten eine zum "Staatsmonopol hindrängende Rolle".

unterstützt¹³⁹⁾.

Eine Sonderstellung wurde Veranstaltungen, welche der Kunstpflege dienten, in den Reichsratsbestimmungen über die Vergnügungssteuer vom 9. Juni 1921¹⁴⁰⁾ eingeräumt. Die Privilegierung künstlerischer Veranstaltungen, die in zwei verschiedenen Formen erfolgte¹⁴¹⁾, war eine Maßnahme der Kunstförderung. Eine Sonderregelung für Filmvorführungen gab es allerdings nicht; daß es auch im Film um ein künstlerisches Bemühen gehen kann, war staatlichen Stellen damals noch nicht geläufig¹⁴²⁾.

Reich und Länder versuchten auch durch organisatorische Maßnahmen eine allzu weite Entfernung von Staat und Kunst zu verhindern. So wurde im Jahre 1919 auf einen von Abgeordneten verschiedener Parteien eingebrachten Antrag¹⁴³⁾ von der Nationalversammlung ange-regt, beim Reichsministerium des Innern eine Stelle zu schaffen, die "in allen gesetzgeberischen Fragen und Verwaltungsangelegenheiten, bei denen eine künstlerische Auffassung in Betracht kommt", eine einheitliche Handhabung gewährleistet¹⁴⁴⁾. Diese Stelle wurde der Reichskunstwart, welcher der 3. Abteilung (für Bildung und Schule) beim Ministerium des Innern angegliedert war. Außer der genannten Aufgabe sollte er auf die gesamte Formgebung des Reiches

139) Vgl. Runderlaß des preußischen Ministers für Handel und Gewerbe v. 8.2.1928 (MinBl. für die Preuß. innere Verw. 1928, Sp. 153 f.).

140) RGBl. 1921, S. 856, abgeändert durch VO v. 21.6.1923 (RGBl. S. 579); durch VO v. 10.4.1924 (RGBl. I, S. 411); durch VO v. 10.6.1926 (RGBl. I, S. 259).

141) Veranstaltungen, die ohne die Absicht auf Gewinnerzielung ausschließlich zum Zwecke der Kunstpflege unternommen wurden und von den Landesregierungen als gemeinnützig ausdrücklich anerkannt waren, blieben steuerfrei (Art. II § 2 Nr. 7). "Künstlerisch hochstehende Veranstaltungen" mit kaufmännischer Geschäfts- und Kassenführung wurden aufgrund zwingender Vorschrift zu einer Steuer von 10 %, seit 1926 von 5 % der Bruttoeinnahme herangezogen (§ 20 bzw. § 22), während der Steuersatz im Übrigen zwischen 15 und 20 % betrug und die Gemeinden auch einen gewissen Spielraum hatten.

142) Die Erkenntnis, daß auch der Film eine künstlerische Möglichkeit darstellt, begann sich erst in den zwanziger Jahren langsam durchzusetzen; vgl. Johann, Kleine Geschichte des Films, S. 109 f. und 166 f.

143) Antrag Dr. Pfeiffer und Gen. vom 29.10.1919, Verhdlg. der Verfassungsgebenden Nationalversammlung, Band 339, Anlagen zu den Sten.Ber. Nr. 1402.

144) Verfassungsgebende Nationalversammlung, 113. Sitzung am 30.10.1919, Verhdlg. Band 331, Sten.Ber. S. 3619.

Einfluß nehmen und "zwischen den Anforderungen der Behörden und denen der freien Künstler vermitteln"¹⁴⁵⁾. Über die Wirksamkeit des Reichskunstwarts ist wenig bekannt geworden¹⁴⁶⁾. Ähnliches gilt auch für die sog. Kunstausschüsse, die in Preußen durch Verfügung vom 26. März 1924 gebildet wurden "zur Wahrung der Interessen wirklicher Kunst bei Maßnahmen der Polizeibehörden und der Staatsanwaltschaften zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, insbesondere auch der öffentlichen Sittlichkeit"¹⁴⁷⁾.

Diese Maßnahmen entsprangen der ernstlichen Absicht, den Belangen der Kunst auch im staatlichen Bereich Rechnung zu tragen, und beweisen, daß der neue Staat sich in der Nachfolge der Monarchie als Mäzen verstand¹⁴⁸⁾. Wenn dies weithin nicht anerkannt wurde, so lag das wesentlich daran, daß andere öffentliche Aufgaben dringender waren und nur für einen kurzen Zeitraum den Blick freigaben für künstlerische Anliegen¹⁴⁹⁾.

b) Private Kunstpflege

Die private Kunstförderung konnte sich in der Weimarer Republik nicht entfalten. Zwar bestand nach Kriegsausbruch und über das Kriegsende hinaus zunächst ein sehr großes Interesse für Kunstwerke, insbesondere für Werke der bildenden Künstler¹⁵⁰⁾; es ließ

145) Vgl. Finger, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, S. 434; Medicus, Reichsverwaltung, JÖR 20 (1932), S. 45.

146) Fritzsching, Die wirtschaftliche Lage der bildenden Künstler seit Kriegsende, Annalen des Deutschen Reichs 1921/1922, S. 158, gibt allerdings an, der Reichskunstwart habe eine "sehr wirksame Tätigkeit entfaltet". Er nennt als Beispiel dieser Tätigkeit die Gestaltung der Luxussteuer. Sein Urteil (1921/22) scheint ein wenig verfrüht.

147) Allgem. Verfügung des Ministers für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung, des Ministers des Innern und des Justizministers v. 26.3.1924 über die Bildung von Kunstausschüssen, MinBl. für die Preuß. innere Verw., Sp. 445 f.

148) Daß ein so allgemeines Urteil nur bedingt richtig ist, muß zugegeben werden. Es ist auch fraglich, ob es für die ganze Dauer der Weimarer Republik gelten kann. Vgl. dazu etwa Johann, a.a.O. (142), S. 110, der eine zunehmende Entfremdung zwischen Staat und Kultur behauptet.

149) Vgl. Fritzsching, a.a.O. (146), S. 154 f.

150) Vgl. Fritzsching, a.a.O. (146), S. 145 ff.: Unold, "Ausstellungskunst" oder "Auftragkunst", Kulturarbeit 1951, S. 56 f. Sehr anschaulich der Bericht: Hundert Jahre Kunstverein Konstanz, in: für Kunst und Stadt, S. 7 ff. (9). Vgl. auch die Streitschrift von Georg Jahn, Besteuerung der Kunstwerke? S. 9 ff., dessen Angaben allerdings nur mit Vorbehalt verwertbar erscheinen.

jedoch, ebenso schwer erklärbar wie seine Entstehung, bereits im Jahre 1920 merklich nach. Die Künstler fanden nur schwer einen Käufer für ihre Werke¹⁵¹⁾. Dementsprechend war die wirtschaftliche Lage der Künstler ausgesprochen schlecht. Die Inflation trug vollends dazu bei, daß das kultivierte Mäzenatentum verschwand.

Man wird jedoch der Situation jener Zeit nur dann gerecht, wenn man beachtet, daß ungeachtet der sehr schwierigen Lage, in der sich die Künstler größtenteils befanden und die vom Staat und den Gemeinden nicht entscheidend gebessert werden konnte, da hierzu die finanziellen Mittel fehlten, daß ungeachtet dieser bedrückenden äußeren Verhältnisse das Kunst- und Geistesleben sich reich entfaltete. Man kann ohne Übertreibung sagen, daß sie in Deutschland eine neue Blüte erlebten¹⁵²⁾. Dies ist im Rahmen einer Untersuchung über staatliche Kunstförderung bedenkenswert.

3. Kunstpolitik im Dritten Reich

Das Pendant zu den geschilderten Erscheinungen stellen die Verhältnisse im 3. Reich dar, die nunmehr zu skizzieren sind. Vorauszuschicken ist folgendes: Für den vom Nationalsozialismus errichteten totalitären Staat waren Kultur und mithin auch Kunst keine eigengesetzlichen Bereiche¹⁵³⁾. Er betrieb Kunstpolitik als Politik mit Hilfe der Kunst, der von den Machthabern eine ganz bestimmte soziale Aufgabe zugewiesen wurde¹⁵⁴⁾. Das brachte eine Flut von regulativen Eingriffen mit sich, aber auch zahlreiche fördernde Maßnahmen; beides zielte darauf ab, die Kunst zu einem brauchbaren Instrument der Politik zu machen¹⁵⁵⁾. Aus diesem Sy-

151) Daß überhaupt nur ein sehr kleiner Kreis als Abnehmer für Kunstwerke in Betracht kommt, hat Fritzsche, a.a.O. (146), S. 144, dargelegt.

152) Über die Ursachen vgl. Plessner, Die Legende von den zwanziger Jahren, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, S. 209 ff.

153) Rothenbüchers (Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4, S. 17) auf der Staatsrechtslehrertagung 1927 geäußerte Meinung, die Zeit, da man versuchte, Kunstgeschmack mit den Mitteln des Rechts zu regulieren, sei "heute wohl vorüber", behielt nicht lange Gültigkeit.

154) Vgl. Hildegard Brenner, Die Kunstpolitik des Nationalsozialismus, S. 275 f.

155) Für den Bereich des Films vgl. Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 9 f. und 80 ff.

stem von hemmenden und fördernden Eingriffen läßt sich das, was hier als Kunstförderung verstanden wird, nicht herausdestillieren. Andererseits ist es im Rahmen dieser Untersuchung schlechterdings unmöglich, die Kunstpolitik des Nationalsozialismus darzustellen. Daher beschränken wir uns auf einen Überblick über die wichtigsten Maßnahmen und die damit verfolgten Ziele.

Die Kategorien des demokratischen Rechtsstaates müssen für eine Beschreibung der Verhältnisse des nationalsozialistischen Führerstaates versagen. Durch das sog. Ermächtigungsgesetz¹⁵⁶⁾ befreite sich die Regierung, d.h. Hitler, von allen verfassungsrechtlichen und rechtsstaatlichen Bindungen und konnte von da an ungehindert in alle Lebensbereiche eingreifen.

a) Maßnahmen der Kontrolle

Der kulturelle Bereich wurde ebenso wie andere Gebiete, entsprechend der nationalsozialistischen Ideologie¹⁵⁷⁾, ständisch organisiert durch das Reichskulturkammergesetz vom 22. September 1933¹⁵⁸⁾, welches in § 1 den Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda ermächtigte, die Angehörigen der Tätigkeitszweige, die seinen Aufgabenkreis betrafen¹⁵⁹⁾, in Körperschaften des öffentlichen Rechts zusammenzufassen. Demgemäß wurden sechs Kammern errichtet, Reichsschrifttums-, Reichspresse-, Reichsrundfunk-, Reichstheater-, Reichsmusikkammer und Reichskammer der bildenden Künste, und diese mit der schon früher geschaffenen Reichsfilmkammer¹⁶⁰⁾ zu einer Reichskulturkammer vereinigt. Die nähere Regelung wurde durch die 1. Verordnung zur Durchführung des Reichskulturkammergesetzes vom 1. November 1933¹⁶¹⁾ getroffen. Sie bestimmte in § 3:

156) Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24.3.1933, RGBl. I, S. 141.

157) Vgl. Adolf Hitler, Mein Kampf, 1. und 2. Band, 286. - 290. Auflage, München 1938, S. 677; ferner Hildegard Brenner, a.a.O. (154), S. 54 (Wiedergabe von Äußerungen Goebbels'). Inwieweit der Nationalsozialismus überhaupt eine Ideologie besaß, ist allerdings eine Frage für sich.

158) RGBl. I, S. 661.

159) Dazu gehören u.a. "Kunst, Musikpflege, Theaterangelegenheiten, Lichtspielwesen" (VO über die Aufgaben des Reichsministeriums für Volksaufklärung und Propaganda v. 30.6.1933, RGBl. I, S. 449).

160) Sie war als vorläufige Filmkammer durch Gesetz v. 14.7.1933, RGBl. I, S. 483, errichtet worden.

161) RGBl. I, S. 797.

"Die Reichskulturkammer hat die Aufgabe, durch Zusammenwirken der Angehörigen aller von ihr umfaßten Tätigkeitszweige unter Führung des Reichsministers für Volksaufklärung und Propaganda die deutsche Kultur in Verantwortung für Volk und Reich zu fördern, die wirtschaftlichen und sozialen Angelegenheiten der Kulturberufe zu regeln und zwischen allen Bestrebungen der ihr angehörenden Gruppen zu vermitteln".

Da jeder Künstler, wenn er künstlerisch tätig sein wollte, Mitglied der für ihn zuständigen Kammer sein mußte (§ 4 Erste DVO), die Aufnahme aber abgelehnt bzw. aufgehoben werden konnte, "wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, daß die in Frage kommende Person die für die Ausübung ihrer Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit und Eignung nicht besitzt" (§ 10 DVO), stellte die gewählte ständische Organisation ein Mittel der totalen Lenkung des künstlerischen Schaffens dar¹⁶²⁾.

Die Kammern hatten darüber hinaus allgemeine und spezielle Anordnungen zu treffen (§ 25 DVO), und sie haben davon in reichem Maße Gebrauch gemacht. Sie kontrollierten den künstlerischen Lehrbetrieb, griffen mit Anweisungen und Empfehlungen in die Verlagsarbeit ein¹⁶³⁾, verboten die Aufführung von Theaterstücken oder Konzerten, sie gewährten Stipendien, veranstalteten Wettbewerbe, regelten die Krankenkassenversorgung und gewährten Nothilfen¹⁶⁴⁾. Da alle ihre positiven Leistungen an die Mitgliedschaft gebunden waren und diese dadurch für den Künstler geradezu eine Existenzfrage geworden war, unterlag er einem höchst wirksamen indirekten Zwang. Das System der Kulturkammern war auch keineswegs ein Mittel zur "Selbstverwaltung der Kunst durch berufene Künstler", wie es ursprünglich geheißen hatte und durch die Berufung bekannter Künstler zu Kammerpräsidenten dokumentiert werden sollte¹⁶⁵⁾. Letztere wurden bezeichnenderweise im Jahre 1935 abgelöst. Wesentlicher aber war die nach dem Führerprinzip konstruierte Struktur der

162) Vgl. Hildegard Brenner, Die Kunstpolitik des Nationalsozialismus, S. 63.

163) Vgl. "Vertrauliche Mitteilungen für die Fachschaft Verlag, herausgegeben von der Reichsschrifttumskammer", abgedruckt bei Joseph Wulf, Literatur und Dichtung im Dritten Reich, S. 175 ff.

164) Vgl. Hildegard Brenner, a.a.O. (162), S. 60 und 62.

165) Vgl. Hildegard Brenner, a.a.O. (162), S. 58 und 62.

Reichskulturkammer, deren Präsident der Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda war (§ 11 DVO), welcher die Präsidenten der Einzelkammern ernannte (§ 13 DVO) und außerdem jede ihrer Entscheidungen aufheben konnte (§ 22 DVO). Kultur und somit auch Kunst waren eben nicht nur eine öffentliche Angelegenheit¹⁶⁶⁾, sondern eine Sache des Staates geworden¹⁶⁷⁾. Die Kunst wurde wirklich verwaltet.

b) Kunstförderung

Die fördernden Maßnahmen, über welche es bislang noch keine genaue Übersicht gibt, sollten die Kunst im Sinne der ihr zugedachten Aufgabe, "Objektivationen der Volkssymbole zu sein", "das Nationalbewußtsein mythenschaffend umzusetzen in Kraft und Willen"¹⁶⁸⁾, befördern. So wurden Ausstellungen veranstaltet, die dem Publikum das der nationalsozialistischen Bewegung gemäße Kunstschaffen nahebringen sollten¹⁶⁹⁾. Die NSDAP bemühte sich um ein "national-sozialistisches Volkstheater" und die Schaffung eines germanisierenden Thing-Theaters¹⁷⁰⁾. Große Möglichkeiten räumt der Staat der Architektur und Bildhauerei ein¹⁷¹⁾, und auf diesen beiden Gebieten ist tatsächlich auch eine nennenswerte Selbstdarstellung des 3. Reiches erreicht worden. Für den Film wurde eine unter staatlicher Aufsicht stehende Filmkreditbank geschaffen; durch Finanzierung genehmer Filmvorhaben wurde auch erreicht, daß "der notwendige Bedarf der deutschen Lichtspieltheater an inländischen Filmserzeugnissen (etwa 200 bis 250 Filme)" einigermaßen sichergestellt wurde¹⁷²⁾. Im Jahre 1937 wurde ein Deutscher Nationalpreis für Kunst und Wissenschaft gestiftet, der jährlich an drei "verdiente Deutsche" in Höhe von je RM 100.000,-- verliehen wurde¹⁷³⁾.

166) Vgl. Schrieber, Die Reichskulturkammer, S. 13.

167) Vgl. Hildegard Brenner, a.a.O. (162), S. 57.

168) Vgl. Hildegard Brenner, a.a.O. (162), S. 276.

169) So etwa im November 1934 in den Räumen der Berliner Sezession, seit 1937 die Große Deutsche Kunstausstellung im Münchener Haus der Deutschen Kunst - das Gegenstück zu der berüchtigten Ausstellung "entartete Kunst"; vgl. Hildegard Brenner, a.a.O. (162), S. 89 f. und 112; Roh, "Entartete" Kunst.

170) Vgl. Hildegard Brenner, a.a.O. (162), S. 90 und 95 ff.

171) Vgl. Hildegard Brenner, a.a.O. (162), S. 121 ff.

172) Vgl. Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, S. 512.

173) Erlaß des Führers und Reichskanzlers über die Stiftung eines Deutschen Nationalpreises für Kunst und Wissenschaft v. 30.1.1937, RGBl. I, S. 305.

Er war offenbar gedacht als Ersatz für den Nobelpreis, den anzunehmen Deutschen gleichzeitig verboten wurde¹⁷⁴⁾. Daneben wurden zahlreiche Kunstpreise verliehen, etwa der National-Preis für Film und Buch, der NSDAP-Preis für Wissenschaft und Kunst, der Volksdeutsche Schrifttumspreis¹⁷⁵⁾, der "Dietrich-Eckart-Kulturpreis der Hansestadt Hamburg", der "Hermann-Göring-Preis" und der "Alfred-Rosenberg-Preis" (die beiden letzten vom Reichsstatthalter in Sachsen gestiftet)¹⁷⁶⁾. Seit Anfang 1939 war die Verleihung eines jeden Kunstpreises an die Zustimmung des Reichsministers für Volksaufklärung und Propaganda gebunden¹⁷⁷⁾, wodurch eine totale zentrale Kontrolle der Systemtreue der Preisträger erreicht werden konnte.

Die Kunstpolitik des Nationalsozialismus verfügte über ein ungeheures Instrumentarium positiver und negativer Maßnahmen; das Ergebnis war nichtsdestoweniger katastrophal - wenige Ausnahmen abgerechnet. Das war nicht etwa die Folge des 2. Weltkrieges; es hatte sich bereits 1934¹⁷⁸⁾ angedeutet und war in der Folgezeit immer deutlicher geworden, daß die Lenkung der Kunst von einer "Verspätung des künstlerischen Verstehens"¹⁷⁹⁾ geprägt war, welche die Künste an jeder originellen Leistung hinderte und das ödeste Mittelmaß förderte. Die unfrei gewordene Kunst vegetierte dahin¹⁸⁰⁾.

174) Vgl. Joseph Wulf, Literatur und Dichtung im Dritten Reich, S. 259 ff.

175) Vgl. Joseph Wulf, a.a.O. (174), S. 253 ff.

176) Vgl. Joseph Wulf, Die Bildenden Künste im Dritten Reich, S. 115 f.

177) Anordnung v. 26.1.1939, Amtliche Mitteilungen der Reichsmusikkammer v. 15.2.1939 (zitiert nach J. Wulf, Die Bildenden Künste im Dritten Reich, S. 114).

178) Vgl. Hildegard Brenner, Die Kunstpolitik des Nationalsozialismus, S. 79 f.

179) Roh, "Entartete" Kunst, S. 11 f. Über Hitlers Verhältnis zur Kunst vgl. Picker, Hitlers Tischgespräche im Führerhauptquartier 1941 - 1942, S. 208 ff., 245, 277, 302 f., 378 f., 491; ferner das Vorwort von P.E. Schramm, ebenda, S. 57 ff.

180) Vgl. für den Film: Johann, Kleine Geschichte des Films, S. 145 ff. (150 f.); ferner: Theunissen, Besprechungen der Ausstellungen im "Haus der Deutschen Kunst" 1937 und 1938, nebst Nachwort 1963, in: Die Zeit v. 3.5.1963, S. 17 f.

4. Die Situation in der Bundesrepublik

In der Bundesrepublik Deutschland betätigt sich der Staat - neben den Gemeinden - in weitem Umfang als Förderer der Kunst; das hat der Überblick über die Vielfalt staatlicher Maßnahmen¹⁸¹⁾ gezeigt. Die Bedeutung dieser Tätigkeit wird allerdings erst deutlich, wenn man sie nicht absolut betrachtet, sondern der privaten, gesellschaftlichen Aktivität gegenüberstellt.

a) Das private Mäzenatentum

Es ist zumindest unvollständig, wenn man generell vom Wegfall privater Mäzene spricht¹⁸²⁾. Denn man übersieht, daß mit zunehmendem wirtschaftlichem Wohlstand auch das private Interesse an Kunst und an der Kunstpflege gestiegen ist¹⁸³⁾. Die vielschichtige Motivation dafür läßt sich schwerlich erhellend; aber es ist auch völlig offen, ob etwa zum Mäzen eine uneigennützige Gesinnung gehört. In welchem Umfang heute Private als Käufer und Auftraggeber der Künstler deren Lebensunterhalt gewährleisten, läßt sich nicht nachprüfen. Da sich jedoch das breite Publikumsinteresse meist den Arrivierten, längst Anerkannten zuwendet, kommt es in der Regel denen zugute, die einer Förderung nicht mehr bedürfen. Außerdem konzentriert es sich im wesentlichen auf Malerei und Literatur, wendet sich daneben noch dem Theater und dem Film zu, läßt aber die anderen Künste mehr oder weniger im Schatten seiner Gunst¹⁸⁴⁾.

Im Rahmen der privaten Kunstförderung kommt vor allem den Vereinigungen zur Pflege der Kunst besondere - zudem erfaßbare - Bedeutung zu. Hier sind etwa die privaten Kunstvereine zu nennen¹⁸⁵⁾. Sie veranstalten in eigenen Räumen Ausstellungen bildender Kunst, unterhalten ferner teilweise eigene Galerien und erwerben zu deren

181) Vgl. oben S. 67 ff.

182) Vgl. etwa Kuhnt, Die Kunstpreise, in: Thiele, Die Situation der Bildenden Kunst in Deutschland, S. 54; Zuhorn, Lebendige Kulturarbeit, Der Städtetag 1952, S. 219.

183) Vgl. hierzu etwa den Bericht von Schab, "Düsseldorfer Kaufleute sammeln moderne Kunst", Kulturarbeit 1956, S. 113 f.

184) Vgl. dazu Marta Mierendorff, Die Situation der bildenden Künstler in Westberlin, Kulturarbeit 1957, S. 65 ff.

185) Ihre Gründung fällt vorwiegend in das 1. Drittel des 19. Jahrhunderts; vgl. Zuhorn, Kulturpflege, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Band, S. 189. Vgl. etwa auch die Festschrift des Kunstvereins Konstanz zum 100jährigen Bestehen: für Kunst und Stadt, insbes. S. 7 ff.

Ausstattung Werke lebender Künstler¹⁸⁶⁾. (Natürlich gibt es auch Vereine, die sich die Unterhaltung eines Museums mit Werken alter Meister zur Aufgabe machen.) Die Kunstvereine werden daher wohl zu Recht zu den maßgeblichen Förderern der Kunst unserer Zeit gerechnet¹⁸⁷⁾.

Daneben bestehen Arbeitsgemeinschaften¹⁸⁸⁾ oder Gesellschaften, die sich im Rahmen bestimmter kultureller Bestrebungen auch der Kunstförderung widmen¹⁸⁹⁾. Wiewohl bisher umfassende Untersuchungen über ihre Wirksamkeit fehlen, wird man auch sie nicht zu gering veranschlagen dürfen.

Dagegen kann man die Besucherorganisationen der Theater wohl nicht zu den mäzenatischen Vereinen rechnen. Diese Organisationen, mancherorts "Theatergemeinde" oder "Volksbühne" genannt nach dem Vorbild der Ende des letzten Jahrhunderts gebildeten "Berliner Volksbühne"¹⁹⁰⁾, sind vom Theater unabhängige Vereine, deren Ziel es ist, minderbemittelten Schichten den Theaterbesuch zu ermöglichen¹⁹¹⁾. Ihre Aufgabe rechnet primär zum Bereich der Volksbildung¹⁹²⁾. Die Unterstützung des Theaters ist nicht ihr Ziel, wenn-

-
- 186) Über den Umfang der Tätigkeit eines Kunstvereins vgl. Der "Kunstkreis Hameln", Kulturarbeit 1958, S. 69 f.; Gertrud Gelderblom, Bürgerinitiative im Kulturleben. Die Arbeit des "Kuratoriums Kulturelles Frankfurt" e.V., Kulturarbeit 1959, S. 122 ff.; Paasch, Die "Gesellschaft zur Förderung der westfälischen Kulturarbeit", Kulturarbeit 1958, S. 130 f.; ferner den Artikel von Eva Maria Demisch, Die Not der Kunstvereine, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 8.9.1964, S. 14.
- 187) Thiele, Vereinigungen zur Förderung zeitgenössischer deutscher Kunst, in: Thiele, Die Situation der Bildenden Kunst in Deutschland, S. 25 ff. (29 f.); er zählt 25 solcher Kunstvereine auf (S. 37 f.).
- 188) Etwa die "Arbeitsgemeinschaft kultureller Organisationen in Düsseldorf"; vgl. Schab, Die Musen und ihre Mäzene, Kulturarbeit 1960, S. 42 ff.
- 189) Hier ist auch der Deutsche Musikrat zu nennen, der sich nach seiner Satzung allen wesentlichen Aufgaben der deutschen Musikpflege von überregionaler Bedeutung widmet und sich besonders um die Förderung des Musikernachwuchses bemüht. Vgl. Mersmann, Der Deutsche Musikrat 1953 bis 1959, Kulturarbeit 1959, S. 43 ff. (45).
- 190) Vgl. Nestriepke, Die wirtschaftliche Bedeutung der Besucherorganisationen für die Theater, Kulturarbeit 1949, S. 51 f. Zur Geschichte der Volksbühnen vgl. Juschka, Wesen und Wirken der Theaterbesucher-Organisationen, Kulturarbeit 1956, S. 165 ff. (166).
- 191) Vgl. Kuhnt, Besucherorganisation und Theater, Kulturarbeit 1954, S. 148; Nestriepke, a.a.O. (190), S. 51.
- 192) Vgl. Kuhnt, a.a.O. (191); Juschka, a.a.O. (190), S. 166.

gleich das Theater aus der Zuführung neuer Publikumskreise naturgemäß auch Vorteile zieht¹⁹³⁾. Finanziell bedeuten die Volksbühnen oftmals jedoch eher eine Belastung für das Theater bzw. seinen Träger¹⁹⁴⁾, was aus sozialen Erwägungen in Kauf genommen wird¹⁹⁵⁾.

Eine bemerkenswerte Einrichtung ist der 1951 gegründete Kulturkreis im Bundesverband der Deutschen Industrie, der etwa vierhundert Mitglieder zählt und ein jährliches Beitragsaufkommen von rund DM 350.000,-- hat¹⁹⁶⁾. Er vergibt Stipendien, Ehrungen und Förderungsgaben an Künstler und unterhält Stiftungen zu besonderen Aufgaben¹⁹⁷⁾.

Diese wenigen Beispiele mögen genügen, um zu belegen, daß sich von einem Wegfall privater Mäzene schlechthin nicht sprechen läßt. Es scheint, daß die gegenwärtige Situation in der Bundesrepublik insoweit günstiger ist als in der Weimarer Republik, wo die wirtschaftliche Notlage ein privates Mäzenatentum weitgehend verhin- derte.

Vergleicht man indessen den Umfang privater und öffentlicher Tätigkeit im Bereich der Kunstpflege, so wird deutlich, daß die staatliche und kommunale Kunstförderung das - allerdings nur entfernt abschätzbare - private Handeln um ein Vielfaches überragt.

b) Notwendigkeit staatlicher Maßnahmen

Das legt den Schluß nahe, daß die private Kunstförderung heute nicht mehr ausreicht, um Kunst und künstlerische Existenz zu erhalten, obwohl die Tatsache allein, daß die öffentliche Hand sich bestimmter Aufgaben annimmt, nicht unbedingt belegt, daß andernfalls diese Aufgabe nicht wahrgenommen werden würde. Daher erscheint eine Differenzierung erforderlich, wenn man zu einer gültigen Aussage über die Notwendigkeit staatlicher Kunstpflege gelangen will.

193) Vgl. Juschka, a.a.O. (190); S. 167 f.; Kuhnt, a.a.O. (191), S. 149 f.; Nestriepke, a.a.O. (190).

194) Vgl. Kuhnt, a.a.O. (191), S. 149; a.A. Juschka, a.a.O. (190), S. 168.

195) Vgl. Nestriepke, a.a.O. (190), S. 52; ders., zum Thema: Besucherorganisationen, Kulturarbeit 1957, S. 6 f.

196) Vgl. Bulletin der Bundesregierung 1958, Nr. 172 v. 18.9.1958, S. 1753 f.

197) Vgl. H. Vormweg, Mäzene und Vermittler, Deutsche Zeitung v. 23.9.1963.

Ausbildungsstätten für Künstler könnten ohne die Hilfe des Staates nicht bestehen, es sei denn in einem sehr verminderten Umfang. Die kontinentaleuropäische Situation ist von der angelsächsischen, insbesondere der der USA, durch das Fehlen großer privater Stiftungen unterschieden; soweit solche Stiftungen bestanden, sind sie durch zweimaligen Währungsverfall weitgehend vernichtet. Die theoretische Möglichkeit, daß auch in der Bundesrepublik solche Stiftungen Träger von Kunstakademien sein könnten, entbehrt realer Grundlage. Ein Rückzug des Staates hinterließe unbebautes Feld.

Im übrigen würde die Nachwuchsförderung zwar auch ohne den Staat und die Gemeinden betrieben werden, aber höchstwahrscheinlich in einem ebenfalls stark reduzierten Umfang¹⁹⁸⁾. Ob eine solche Einschränkung sachgerecht wäre, läßt sich zwar verschieden beantworten, befürworten läßt sie sich aber nur, wenn man eine Einschränkung des Kunstlebens überhaupt in Kauf zu nehmen bereit ist.

Ähnliches gilt für Theater und Konzertsorchester, die in der heutigen Zahl nur durch erhebliche Unterstützung aus öffentlichen Mitteln existieren können¹⁹⁹⁾. Daß eine radikale Beschneidung dieser Mittel nicht nur das Ende eines "wagnislosen Einerlei der staatlichen Kulturvorsorge"²⁰⁰⁾, sondern auch eine Verkümmernng des kulturellen Lebens in der Provinz - und dazu gehört manche Landeshauptstadt - zur Folge hätte, läßt sich nicht übersehen. Da bisher nicht überzeugend dargetan ist, daß die Vielfalt des deutschen Kulturlebens beseitigt werden muß, um seine zu Recht kritisierten Mängel zu beheben, wird hier die Notwendigkeit radikaler Reformation nicht angenommen. Damit ist aber auch die staatliche bzw. kommunale Unterstützung der genannten Einrichtungen als unverzichtbar anzusehen.

Welche Einbuße würde die Kunst erleiden, wenn die öffentlichen Zuschüsse für bestimmte Veranstaltungen nicht mehr gegeben würden? Wahrscheinlich würde manche Ausstellung unterbleiben, manches Gastspiel im Ausland nicht stattfinden und dies oder jenes Festspiel

198) Daß gerade die nicht mehr studierenden jungen Künstler der Unterstützung bedürfen, legt Mersmann, Der Deutsche Musikrat 1953 bis 1959, Kulturarbeit 1959, S. 45, dar.

199) Vgl. Vietta, Katastrophe oder Wende des deutschen Theaters, S. 15; Becker-Kluge, Kulturpolitik und Ausgabenkontrolle, S. 182; Benecke, Möglichkeiten und Grenzen städtischer Kulturpflege, Der Städtetag 1952, S. 67.

200) Vgl. E.R. Huber, Zur Problematik des Kulturstaates, S. 5.

eingestellt werden. Der Einschnitt wäre jedoch wohl kaum so tief wie bei den Theatern und den Konzertorchestern, weil private Initiative und private Mittel noch immer vieles zustande bringen könnten, sofern nur ein allgemeines Bedürfnis dafür vorhanden wäre. Das gilt erst recht bei den Kunstpreisen und den Aufträgen an Künstler. Hier erscheint es angebracht, Zweifel an der Notwendigkeit, öffentliche Mittel in großem Umfang einzusetzen, an den Beginn der Überlegung zu stellen. Für die in ihrer Vielzahl problematischen Kunstpreise ist dies schon ihrer zweifelhaften Effizienz wegen angebracht²⁰¹⁾. Ob die öffentliche Hand als Käufer und Auftraggeber einen unverzichtbaren Beitrag zur Förderung der Künstler leistet, ist unbewiesen.

Daß der Staat auch mit der Vergabe beträchtlicher Mittel das Ziel seines Handelns nicht erreichen kann, zeigt das Beispiel der Filmprämien. Die staatlichen Zuschüsse haben das Niveau des deutschen Films nicht verbessern können, ja kaum seine wirtschaftliche Situation, und ein Großteil der Spielfilmprämien wurde zur Finanzierung von bestenfalls durchschnittlichen Filmen verwendet²⁰²⁾.

c) Recht und Pflicht des Staates zur Kunstförderung

Obwohl also die meist behauptete Notwendigkeit, Kunst und Künstler zu unterstützen, in einigen Bereichen sehr wohl zweifelhaft sein kann, hat die staatliche und kommunale Kunstförderung einen gewaltigen Umfang angenommen. Ihre Zweckmäßigkeit im Einzelfall nachzuprüfen, ist nicht Sache dieser Untersuchung, dagegen ist es die Frage, ob der Staat (und die Kommunen) berechtigt oder verpflichtet ist, die Kunst zu fördern.

Wo die Verfassung dies ausdrücklich verlangt²⁰³⁾, bedarf die Antwort keiner näheren Begründung. Wenn der Staat ein eigenes Handeln für erforderlich hält, hat er dazu das Recht und die Pflicht. Das

201) Vgl. dazu oben, S. 72 ff. An der Einrichtung als solcher wird allerdings fast allgemein festgehalten; vgl. Andritzky, Die Problematik der Literaturpreise, Kulturarbeit 1961, S. 103.

202) Vgl. den Artikel von Maria Winter, Sind die Spielfilmprämien gut angelegt? Stuttgarter Zeitung v. 17.5.1963, S. 17.

203) Bayern: Art. 140; Bremen: Art. 11 Abs. 2; Nordrhein-Westfalen: Art. 18 Abs. 1; Rheinland-Pfalz: Art. 40 Abs. 1 und 2; Saarland: Art. 34 Abs. 1; Schleswig-Holstein: Art. 7 Abs. 1.

Recht zur Kunstförderung hat ein Staat auch dann, wenn die Verfassungsurkunde darüber nichts aussagt²⁰⁴⁾ - bundesstaatliche Zuständigkeitsfragen werfen andere Probleme auf. Das Recht, die Kunst zu fördern, die Künstler zu unterstützen, ist jedoch an bestimmte Voraussetzungen geknüpft und unterliegt rechtlichen Bindungen, wie sie etwa in den Grundrechten normiert sind. Davon ist unten zu handeln.

Eine rechtlich erzwingbare Pflicht zur Kunstpflege existiert nicht, auch da nicht, wo die Verfassung, wie etwa in Art. 140 BayVerf., ein entsprechendes Gebot enthält. Zwar ist es zu eng, dieses Gebot als (nur) ein politisches Programm zu interpretieren²⁰⁵⁾; es ist eine Rechtspflicht. Aber ihr fehlt die rechtliche Erzwingbarkeit, weil sie keinen Anspruch verleiht²⁰⁶⁾. Daher ist die Behauptung einer generellen Verpflichtung des Staates zur Kunstpflege²⁰⁷⁾ letztlich doch nur eine politische Aussage²⁰⁸⁾.

Der Staat, Bund und Länder, und die Gemeinden erfüllen diese Verpflichtung heute in weitem Umfang; sie erfüllen dabei nicht nur Aufgaben, die allein die öffentliche Hand wahrnehmen kann, sondern betätigen sich auch dort, wo privates Handeln bereits eine Existenzsicherung der Künstler gewährleistet. Das zeigt, daß Staat und Gemeinden nicht nur subsidiäre, sondern ursprüngliche Mäzene sein wollen.

204) Vgl. Hörstel, Fragen zur Kunstsubvention, S. 17; Zuhorn, Kulturpflege, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Band, S. 166 - beide allerdings ohne nähere Begründung.

205) So Maunz, Die kulturelle Sicherheit des Bürgers, in: Staat und Bürger, Festschrift für W. Apelt, S. 113.

206) Vgl. Zuhorn, a.a.O. (204), S. 172.

207) Vgl. Hellmut Becker, Wer finanziert die kulturelle Freiheit? in: Kulturpolitik und Schule, S. 25; E. Charlotte Drescher, Höheres Interesse der Kunst im Sinne der Gewerbeordnung und der Nebengesetze, Annalen des Deutschen Reichs 1931, S. 323; Zuhorn, a.a.O. (204), S. 168 (Verpflichtung der Gemeinden). Eduard v. Mayer, Fürsten und Künstler, S. 70, sprach bereits 1907 von einer "Kulturpflicht" und drückte damit wohl das gleiche aus. Ähnlich Carriere, Artikel: Kunstakademie, Kunstpflege, in: Deutsches Staats-Wörterbuch, 6. Band, S. 165.

208) Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 142, Anm. 6 - S. 665 f.: "guter Vorsatz"; ebenso Ridder, Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 268, Anm. 87; ähnlich, wenn auch stärker zur Annahme einer Pflicht neigend, ders., Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 21.

Dennoch sind Staat und Kunst sehr weit voneinander entfernt, sich sehr fremd geblieben²⁰⁹⁾. Das ist letztlich die nicht lösbare Problematik, der sich eine Untersuchung der staatlichen Kunstförderung gegenüber sieht, der jede rechtliche Beschäftigung mit der Kunst begegnet. Sie muß hier in Kauf genommen werden.

Anhang: Hinweise auf die staatliche Kunstpflege im Ausland

Öffentliches und privates Mäzenatentum jenseits der deutschen Grenzen darzustellen, ist nicht die Aufgabe dieser Untersuchung. So verschieden sich die Verhältnisse auch entwickelt haben, was pauschale Aussagen oder Urteile ausschließt, so zeigt sich doch in allen Ländern des westlichen Kulturkreises die gleiche Erscheinung: der Staat sieht sich in der Rolle des Maecenas, die ihn zu beträchtlichen Aufwendungen nötigt, selbst da, wo wie in den USA oder in England seine Verantwortung nicht oder nur zögernd anerkannt wird und auch große private kulturelle Stiftungen bestehen²¹⁰⁾.

-
- 209) Vgl. etwa Schwab-Felisch, Die leere Regierungsloge, Süddeutsche Zeitung v. 23.4.1963, S. 16; ders., Deutsche Literatur in der Ära Adenauer, Die Welt v. 18.1.1964; v. 25.1.1964, v. 1.2.1964; v. 8.2.1964 und v. 15.2.1964, jeweils in der Wochenendbeilage "Die geistige Welt".
- 210) Vgl. Gustav René Hocke, Maecenas und das Mäzenatentum (Italien), Jahresring 1956/57, S. 274 ff.; Bruno E. Werner, Maecenas in USA, Jahresring 1957/58, S. 292 ff.; Eugen Gürster, Kunstpflege in Großbritannien, Jahresring 1958/59, S. 267 ff.; Frantz Vossen, Kunst als res publica (Kunstpflege in Frankreich), Jahresring 1959/60, S. 327 ff.; Bertil Nydahl, Der Mäzen ist tot - Es lebe das Mäzenat! (Wandlungen der Kunstpflege in Skandinavien), Jahresring 1960/61, S. 331 ff.; Erna Simion, Der "Arts Council of Great Britain", Kulturarbeit 1951, S. 80 ff.; Hanni Konitzer, Österreichs "Kultur Groschen" hat sich bewährt. Neue Wege zur Förderung von Kunst und Wissenschaft, Kulturarbeit 1952, S. 184 f.; Heinrich Wigand Petzet, Mäzenatentum in der Schweiz. Zur eidgenössischen Kunstpflege, Jahresring 1963/64, S. 265 ff.

D r i t t e s K a p i t e l

VERWALTUNGSRECHTLICHE QUALIFIZIERUNG DER MASSNAHMEN STAATLICHER KUNSTFÖRDERUNG

I. A u s k l a m m e r u n g k o m m u n a l e r K u n s t - p f l e g e

Öffentliche Kunstförderung¹⁾ wird vom Staat, Bund und Ländern, und von den Gemeinden (und Gemeindeverbänden) betrieben, und zwar mit im wesentlichen gleichen Mitteln.

Die Städte nehmen heute für sich in Anspruch, in Deutschland "wichtigste Mäzene" zu sein²⁾. Das Recht, diesen Titel zu führen, ist zwar zweifelhaft, weil, wie gezeigt, Bund und Länder ebenfalls beträchtliche Summen aufwenden, zweifelhaft insbesondere auch dann, wenn man die Stadtstaaten Berlin, Hamburg und Bremen zunächst als Staaten begreift; dennoch ergibt jede Zusammenstellung kommunaler Kunstpflege eine bemerkenswerte Reihe³⁾. Die Städte haben sich auch frühzeitig darum bemüht, die Rolle des Maecenas mit Sachverstand und Würde wahrzunehmen; davon legen etwa die programmatischen "Leitsätze zur kommunalen Kulturpflege" Zeugnis ab, die der Kulturausschuß des Deutschen Städtetages er-

1) Zum Begriff des Öffentlichen vgl. Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, S. 11 ff.

2) Vgl. Benecke, Möglichkeiten und Grenzen städtischer Kulturpflege, Der Städtetag 1952, S. 67; ähnlich: Zuhorn, Lebendige Kulturarbeit, Der Städtetag 1952, S. 219.

3) Vgl. Benecke, a.a.O. (2); Martin, Sammlungen und Ausstellungen zeitgenössischer Kunst, in: Thiele, Die Situation der Bildenden Kunst in Deutschland, S. 50 ff.; Mewes, Die Kunstpflege im Gemeindehaushalt nach der Währungsreform, Kulturarbeit 1950, S. 4 ff.; ders., Kulturpreise der Städte, Der Städtetag 1958, S. 201, und 1959, S. 324; von Rath, Wie können die Städte der bildenden Kunst helfen? Der Städtetag 1953, S. 578 f.; Uhde, GmbH-Theater oder Regietheater? Der Städtetag 1955, S. 438 f. Vgl. auch: Theater- und Orchestersubventionen, Der Städtetag 1954, S. 567 f. Die kommunale Kunstpflege beschränkt sich allerdings weitgehend auf Theater und Orchester; vgl. Zimmermann, Muß die Bildende Kunst Stiefkind der kommunalen Kulturarbeit bleiben? Kulturarbeit 1955, S. 68 f.

arbeitet und am 18./19. Januar 1952 als Empfehlung beschlossen hat⁴⁾.

Die Kulturpflege der Gemeinde und mithin auch ihre Kunstförderung ist freie Selbstverwaltungsangelegenheit⁵⁾; das gilt auch dann, wenn die Landesverfassung allgemein Schutz, Pflege und Förderung der Kunst den Gemeinden zur Aufgabe macht⁶⁾. Denn die verfassungsrechtliche Aufgabenzuweisung ist so umfassend und so allgemein, daß sie kaum mehr sein kann als ein Hinweis auf dieses Aufgabengebiet, für welches nicht nur das Land, sondern auch - in ihrem örtlichen Wirkungsbereich - die Gemeinde zuständig ist⁷⁾. Bei der Kunstpflege handelt es sich um einen typischen Fall jener "eigenen" Angelegenheiten, deren Erfüllung der Gemeinde "nach dem Grundsatz der Allseitigkeit des Wirkungskreises eigenverantwortlich durch eigene Organe unter der grundsätzlich auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit beschränkten Aufsicht des Staates zusteht"⁸⁾.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die staatliche Kunstförderung. Nur diese ist in ihrem Ausmaß und in ihren Formen einigermaßen überschaubar. Zwar wird Kunstförderung vom Bund und von den Ländern mit weithin den gleichen Mitteln betrieben, derer sich auch die Gemeinden bedienen. Doch finden sich im Bereich der kommunalen Förderung so viele Besonderheiten und Verästelungen, auch ist dieser Bereich so groß und sind die einzelnen Maßnahmen oft von so geringer Bedeutung, daß ihre Darstellung den Rahmen der Untersuchung sprengen würde.

-
- 4) Siehe: Der Städtetag 1953, S. 69 ff. Vgl. auch Zuhorn, Kulturpflege, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Band, S. 175 ff.
- 5) Dazu ausführlich Zuhorn, a.a.O. (4), S. 174 f.; Erich Becker, Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 1. Band, S. 131.
- 6) So Art. 140 Abs. 1 BayVerf. und Art. 18 Abs. 1 nordrh.-westf. Verf. Nawlaskey-Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 140, Erl., und Vogels, Die Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, Art. 18 Anm. 2, sprechen von "Programmsatz" bzw. von einer "Richtschnur".
- 7) Im Ergebnis ebenso Zuhorn, a.a.O. (4), S. 175. Nach Erich Becker, a.a.O. (5), S. 131, dürfte es sich bei der Kunstförderung in Bayern und Nordrhein-Westfalen um "gesetzlich zugelassene Selbstverwaltungsaufgaben" handeln; auch hier handeln die Gemeinden freiwillig.
- 8) Erich Becker, a.a.O. (5), S. 129.

Aus diesem Grunde beschränkt sich die Untersuchung im folgenden auf die staatliche Förderung der Kunst.

II. Rechtsformen staatlichen Verwaltungshandelns

Die Mittel, mit denen der Staat Kunstförderung betreibt, sind oben^{8a)} aufgezeichnet: der Staat unterhält Einrichtungen zur Ausbildung der Künstler, Theater und Orchester oder unterstützt sie mit Zuschüssen; er fördert junge Künstler durch Stipendien und Förderpreise, unterstützt Künstler durch Beihilfen, Ehrensolde und dergleichen; er stiftet und vergibt Kunstpreise, gewährt Zuschüsse für besondere künstlerische Unternehmungen oder befreit sie von allgemein auferlegten Lasten; er vergibt schließlich künstlerische Aufträge und erwirbt Werke lebender Künstler.

1. Die Formen des Verwaltungshandelns

Im folgenden soll die verwaltungsrechtliche Einordnung dieser verschiedenen Betätigungen der staatlichen Verwaltung versucht werden. Das wirft die Frage nach der Klassifizierung des Verwaltungshandelns auf. Dabei geht es allerdings nicht um die nach mannigfachen Gesichtspunkten mögliche Einteilung der Tätigkeit staatlicher Verwaltung⁹⁾, sondern um die - neuerdings lebhaft diskutierte¹⁰⁾ - Problematik verschiedener Rechtsbindungen der Verwaltung in den Bereichen, die man gemeinhin mit hoheitlich-obrigkeitlich, schlichthoheitlich und fiskalisch bezeichnet¹¹⁾.

8a) Vgl. oben S. 67 ff.

9) Vgl. dazu H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 16 f., der nach dem Gehalt der verwaltenden Tätigkeit ordnende, leistende, verteilende und Bedarfsverwaltung, nach den Tätigkeitsformen pflegende, Eingriffs- und wirtschaftende Verwaltung unterscheidet, Vgl. auch Menger, Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung, DVBl. 1960, S. 297 ff., der auf die Abgrenzungsschwierigkeiten hinweist.

10) Vgl. etwa die Referate von Mallmann und Zeidler, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 165 ff. und 208 ff., sowie die Aussprache darüber, a.a.O., S. 242 ff.

11) Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 20 ff., von dem der Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung stammt; Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 129; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 86 ff.

a) Die Jellineksche Dreiteilung

Gesichert ist lediglich der Bezirk, der durch den Begriff der oberrichtlichen Verwaltung umgrenzt ist. Er ist gekennzeichnet durch die Betätigung der hoheitlichen Macht, die dem Staat und anderen Trägern öffentlicher Gewalt zukommt¹²⁾. Da es sich hierbei um einen Ausschnitt aus dem Raum der hoheitlichen Verwaltung handelt, wäre der Rest nur noch ein terminologisches Anliegen, wenn sich ein unverrückbarer Markstein an der Grenze zur fiskalischen Verwaltung fände. Gerade daran aber scheint es zu fehlen¹³⁾.

Nach Walter Jellinek¹⁴⁾ ist hoheitliche Verwaltung "jene Verwaltung, die wegen ihres engen Zusammenhangs mit den Staatsaufgaben von der Rechtsordnung aus dem Rahmen der Verwaltung eines Privaten herausgehoben wird, also mehr ist als bloß fiskalische Verwaltung". Fiskalische Verwaltung liegt vor, wenn der Staat "sich ganz auf den Boden des Privatrechts" stellt; sie ist die "in Formen des Privatrechts vor sich gehende Verwaltung"¹⁵⁾.

b) Schlichthoheitliche Verwaltung und Leistungsverwaltung

Die Einprägsamkeit Jellinekscher Formulierungen und Erklärungen hat ihnen eine weitgehende Gefolgschaft gesichert¹⁶⁾; wo seine Terminologie nicht übernommen wurde, findet sich vielfach in anderem Gewande die gleiche sachliche Unterscheidung¹⁷⁾. Sie ist allerdings kompliziert worden durch die Konfrontation mit jenem

12) Vgl. Walter Jellinek, a.a.O. (11), S. 21; H.J. Wolff, a.a.O. (10), S. 91.

13) Vgl. Mallmann, a.a.O. (10), S. 166 f., und Zeidler, a.a.O. (10), S. 208 ff., deren terminologische Schwierigkeiten aufschlußreich sind. Mallmann versteht unter "nichthoheitlicher Verwaltung" die "Nichteingriffsverwaltung", Zeidler die "Übergangszone" zwischen hoheitlichem und dem erwerbswirtschaftlichen Raum, "in dem in den Formen des Privatrechts - ohne Einsatz hoheitlicher Mittel - gehandelt wird".

14) Verwaltungsrecht, S. 20 f.

15) Walter Jellinek, a.a.O. (14), S. 24.

16) Der von ihm vorgeschlagene Ausdruck "schlichte Hoheitsverwaltung" findet sich etwa bei Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1, RdNr. 109; Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 3; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 91; BGHZ 20, 102 (104); ablehnend z.B.: Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 59 f.

17) Vgl. etwa Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 129; v. Turegg-Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 23, bes. Anm. 4.

Bereich öffentlicher Verwaltung, den Forsthoff unter dem Begriff Daseinsvorsorge herausgestellt hat¹⁸⁾. Denn man hat schlichte Hoheitsverwaltung mit Leistungsverwaltung bzw. Daseinsvorsorge gleichgesetzt¹⁹⁾, obwohl doch die Kriterien jeweils ganz andere sind. Die Unterscheidung von obrigkeitlicher und schlichter Hoheitsverwaltung orientiert sich am Merkmal der Tätigkeitsform der Verwaltung, an dem von ihr eingesetzten Mittel²⁰⁾: sie wird tätig, "ohne die (ihr) eigentümliche Gewalt einzusetzen"²¹⁾. Leistungs- und Eingriffsverwaltung dagegen scheiden sich an Ziel und Zweck des Verwaltungshandelns, danach, ob die Verwaltung leistend, während oder darreichend²²⁾ für die Lebensmöglichkeit und Lebensverbesserung der Mitglieder des Gemeinwesens sorgt²³⁾ oder ob sie als "Ordnungsgarant"²⁴⁾ für die gute Ordnung des Gemeinwesens sorgt²⁵⁾.

Daß der Staat, wenn er die Kunst fördert, Leistungsverwaltung betreibt, kann nicht zweifelhaft sein; denn dabei tritt er als Geber auf. Ob seine Tätigkeit in den Kreis der Daseinsvorsorge im Sinne Forsthoffs einzurechnen ist, mag bei manchen der hier zu untersuchenden Maßnahmen zweifelhaft sein, weil es sich nicht um Verwaltungsleistungen handelt, "welche ihrer Natur nach der Allge-

-
- 18) Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959; Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 35 und 320 ff.
- 19) So v. Turegg-Kraus, a.a.O. (17); Maunz-Dürig, a.a.O. (16); Evers, Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit, NJW 1960, S. 2073; Knapp, Die Zulässigkeit der Filmzensur und ihre Ausübung durch die "Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft", S. 71 f.; KG, Urt. v. 18.9.1956, NJW 1957, S. 1076 (1077).
- 20) Vgl. dazu Herbert Krüger, Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern, S. 79 ff.
- 21) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 22.
- 22) Man kann den Tätigkeitsbereich natürlich auch mit anderen Worten bezeichnen, die Ähnliches anzeigen; wir folgen hier Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 167. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 16 f., gliedert in: vorsorgende, fördernde, versorgende, sozialhilfende und verteilende Verwaltung.
- 23) H.J. Wolff, a.a.O. (22).
- 24) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 35.
- 25) H.J. Wolff, a.a.O. (22).

meinheit angeboten werden²⁶⁾, etwa bei Kunstpreisen, Förderpreisen, Beihilfen und Aufträgen, die ja primär nicht der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt sind, noch ihr zugute kommen, jedenfalls nicht unmittelbar²⁷⁾. Bei der Unterhaltung oder Unterstützung von Theatern, Orchestern, Ausbildungsstätten und Veranstaltungen würden dagegen Forsthoffs Kriterien eher passen²⁸⁾. Mit der Qualifizierung als Leistungsverwaltung ist indessen für unsere Untersuchung deshalb nichts erreicht, weil Leistungen von der Verwaltung in sehr verschiedenen Rechtsformen erbracht werden können²⁹⁾. Da die herrschende Auffassung rechtliche Bindungen und Schranken noch immer an die Form des Handelns knüpft³⁰⁾, ist eine formale Einordnung erforderlich.

2. Die Grundrechtsbindung fiskalischer Staatstätigkeit

a) Die neuere herrschende Lehre

Der Bestimmung fiskalischer Staatstätigkeit als Verwaltung in den Formen des Privatrechts, wie sie die traditionelle Verwaltungs-

-
- 26) Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 12 f.
27) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 323:
"... soweit sie bestimmungsgemäß dem Einzelnen u n m i t -
t e l b a r Leistungen und Vorteile zuwendet" (Hervorhebung
vom Verf.); vgl. auch Erich Becker, Verwaltung und Verwaltungs-
rechtsprechung, VVDStRL 14, S. 110; Jesch, Gesetz und Verwal-
tung, S. 177 Anm. 16.
28) Er erwähnt jedenfalls das Theater ausdrücklich; vgl. a.a.O.
(27), S. 322.
29) Vgl. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates,
VVDStRL 12, S. 56; Forsthoff, a.a.O. (27), S. 323; Mallmann,
Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 169;
Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1, RdNr. 136; v. Turegg-Kraus,
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 23; H.J. Wolff, Verwal-
tungsrecht I, S. 92; BVerwGE 7, 264; BayVerfG, Ürt. v. 28.9.
1960, NJW 1961, S. 163.
30) Mit Hilfe des sog. "Verwaltungsprivatrechts" (H.J. Wolff, Ver-
waltungsrecht I, S. 90) wird zwar auch von der h.L. eine
Grundrechtsbindung im fiskalischen Tätigkeitsbereich erreicht
(vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 RdNr. 134 ff.;
H.J. Wolff, a.a.O., beide mit weiteren Nachweisen; vgl. aber
auch BGH, Ürt. v. 26.10.1961, BGHZ 36, 91 = DVBl. 1962, S. 298,
mit ablehnender Anmerkung von Zeidler, ebenda); aber Gesetz-
mäßigkeitsprinzip und Kompetenzvorschriften finden keine An-
wendung (vgl. Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwal-
tung, VVDStRL 19, S. 175 ff.). "Gewisse größere Libertäten"
(Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956,
S. 465) bleiben. Vgl. auch Bachof, a.a.O. (29), S. 55 f.

rechtslehre³¹⁾ vornahm, begegnet die neuere Lehre mit Skepsis. Sie will fiskalische Staatstätigkeit, in einem engeren Sinn verstanden, auf die "aktive und unmittelbare Teilhabe am Wirtschaftsablauf zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken"³²⁾ beschränken, so daß der Begriff praktisch nur noch erwerbswirtschaftliche Tätigkeit und die sog. Hilfsgeschäfte der Verwaltung umschließt³³⁾. Nur in diesem Bereich wird dann die Verwaltung als wirklich dem Privatmann gleichgestellt angesehen. Die Grundrechte erlangen also hier allenfalls über die zivilrechtlichen Generalklauseln Bedeutung³⁴⁾, andere öffentlich-rechtliche Schranken bestehen nicht.

b) Die Ansicht Zeidlers

Gegen diese Auffassung, die mit gewissen Abwandlungen heute ganz überwiegend vertreten wird³⁵⁾, hat sich Zeidler³⁶⁾ mit der Forderung gewandt, daß staatliche Tätigkeit, in welchen Formen sie auch immer erfolge, stets den Schranken der Grundrechte³⁷⁾ unterliegen müsse. Er geht dabei von der "Einheit der Rechtsperson

31) Vgl. ihren letzten Klassiker Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 24. So heute noch v. Turegg-Kraus, a.a.O. (29), S. 24 f.; Evers, Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit, NJW 1960, S. 2073.

32) Ipsen, a.a.O. (30), S. 466.

33) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 323; Karl-Otto Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, S. 51; Ipsen, a.a.O. (30), S. 466; Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, S. 221; H.J. Wolff, a.a.O. (30), S. 88. Die von Zeidler, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 211, verwendete Bezeichnung "fiskalische Verwaltung" für erwerbswirtschaftliche Tätigkeit, Beschaffungsgeschäfte und die im Rahmen der Daseinsvorsorge erfolgenden Versorgungsmaßnahmen ist nur als Arbeitsbezeichnung zu verstehen.

34) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1, RdNr. 134 ff., deren Bemerkung sich allerdings auf alle Staatstätigkeit in Privatrechtsformen bezieht; BVerfGE 7, 198 (204 f.); 7, 230 (233 f.). Der BGH, Urt. v. 26.10.1961, BGHZ 36, 91, hat die Frage offen gelassen.

35) Vgl. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 99.

36) Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 208 ff.; Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.10.1961, DVBl. 1962, S. 301 ff.

37) Darüber hinaus wohl überhaupt den Schranken des Verfassungsrechts, jedoch nicht des Verwaltungsrechts, sofern diese nicht speziell auch für Verwaltungshandeln in privatrechtlichen Formen gelten; vgl. Zeidler, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 230.

Staat" aus, die nicht mehr im Sinne der älteren Fiskustheorie in einen hoheitlich und einen fiskalisch handelnden Teil aufgespalten werden könne. Dann gelte aber Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG auch für die in Privatrechtsformen handelnde staatliche Gewalt. Da die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG Ausgestaltungen der Menschenrechte des Art. 1 Abs. 2 GG seien³⁸⁾ und diese wiederum auf die in Abs. 1 erfaßte Menschenwürde zurückgingen, bestehe zwischen Art. 1 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 3 GG ein "unlösbarer Zusammenhang"³⁹⁾. Habe also der Staat in jeder Erscheinungsform die Menschenwürde zu achten, so dürfe er sich den daraus folgenden Konsequenzen nicht durch Auswechslung der Form seines Auftretens entziehen. Eine Einschränkung dieser totalen grundrechtlichen Bindung gilt nach Zeidler allerdings für die rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates, die von der Verfassung erlaubt sei und daher von der Rechtsordnung nicht dadurch unmöglich gemacht werden könne, daß diese solche Tätigkeit durch allzu enge Bindungen einschnüre⁴⁰⁾.

Zeidlers weit vorstoßende Ansicht hat zunächst wohl mehr Ablehnung als Zustimmung hervorgerufen⁴¹⁾. Die Argumente der Gegner sind vorwiegend praktische und rechtspolitische Bedenken gegen die "sehr schneidige Konzeption"⁴²⁾, wobei teilweise übersehen wurde, daß die Grundrechtsbindung des "Fiskus" gerade im Bereich erwerbswirtschaftlicher Betätigung eingeschränkt sein sollte. In Teilfragen, welche die Praktikabilität der Konzeption berühren, etwa die Grundrechtsbindung einer privatrechtlichen Gesellschaft, an welcher die öffentliche Hand beteiligt ist, mögen Einschrän-

38) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1, RdNr. 6 ff., 73, 87, 91 und 100.

39) Vgl. auch Hamann, Das Grundgesetz, Art. 1, Anm. 7.

40) a.a.O. (37), S. 232 und 252.

41) Vgl. die Diskussion auf der Staatsrechtslehrertagung 1961 im Anschluß an die beiden Referate von Mallmann und Zeidler; zustimmend: Erich Becker, (S. 249 f.); Herbert Krüger (S. 260 f.); Merk (S. 265 - allerdings mit Einschränkungen); ausdrücklich ablehnend: Bettermann (S. 250 f. und 254); Dürig, (S. 251, 262 und 263 f.); Bachof (S. 251 f., 259 f. und 263); Hans Peters (S. 256 f.); Ehmke (S. 258 f.); wohl auch Scheuner (S. 264 f.). - Vgl. ferner (zustimmend): Erich Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, S. 111; Evers, Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit, NJW 1960, S. 2076; Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 201 f., Anm. 144; (ablehnend): Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, S. 13 f.

42) Dürig, VVDStRL 19, S. 251.

kungen angebracht sein. Entscheidend kommt es jedoch darauf an, welche Geltung der Fiskusbegriff noch beanspruchen kann, ob der radikale Anspruch "Einheit der Rechtsperson Staat" verfassungsrechtlich begründet ist.

c) Der Fiskusbegriff

Die Fragestellung geht von der Lehre aus, daß der Fiskus im Zeitalter des Absolutismus und des Polizeistaates als Rechtsperson neben dem gerichtlich unangreifbaren Staat fingiert worden sei, um dem Bürger "einen vor Gericht wenigstens auf Entschädigung in Anspruch zu nehmenden Beklagten zu verschaffen"⁴³⁾, ein Versuch, dessen Gültigkeit für die Gegenwart allgemein verneint wird⁴⁴⁾. Diese weithin verbreitete Lehre von der Entstehung des Fiskusbegriffes als einer "Erfindung der Juristen"⁴⁵⁾ hat Bullinger⁴⁶⁾ in Zweifel gezogen mit der These, daß nicht etwa die öffentlichrechtliche Literatur und die Judikatur des alten Deutschen Reiches und des beginnenden 19. Jahrhunderts den Fiskus als "Prügeljungen für den Staat"⁴⁷⁾ erfunden hätten, sondern erst die "Begriffsjurisprudenz zivilrechtlicher Prägung" in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts⁴⁸⁾.

Der absolute Staat, von dem die Fiskustheorie ausgegangen sei und den sie in die Vergangenheit projizierte, habe in Deutschland nie existiert; der Staat sei niemals "aus allen Rechtsbanden einschließlichs des Privatrechts" herausgerissen gewesen, und daher habe auch nie das Bedürfnis bestanden, anstelle des Staates den Fiskus vor die Schranken der Gerichte zu rufen.

43) Haas, Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl. 1960, S. 304.

44) Vgl. etwa Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 28 und 99; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 87; Evers, a.a.O. (50), S. 2075 f.; Haas, a.a.O. (41).

45) Haas, a.a.O. (43); Zeidler, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 221.

46) Vertrag und Verwaltungsakt, S. 200 ff.

47) Bornhak, Preußisches Staatsrecht, 2. Band, S. 464. Der Ausdruck ist beinahe zum geflügelten Wort geworden; vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 34; Zeidler, a.a.O. (45), S. 222.

48) Vgl. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 228.

Die von Bullinger in einer historischen Untersuchung belegte These nimmt dem Gespenst Fiskus seine Schrecken und stützt die Behauptung von der "Einheit der Rechtsperson Staat". Auch durch den Nachweis, daß der Staat in der Vergangenheit sich weithin unter das Privatrecht stellte und hier dem privaten Rechtssubjekt im wesentlichen gleichgeordnet war, wird indessen nichts darüber ausgesagt, ob dies dem Staat heute ebenso möglich ist. Gegen die Argumentation aus Art. 1 GG hat auch Bullinger nichts Entscheidendes vorgetragen⁴⁹⁾, obgleich er die Privatrechtsfreiheit des im engeren Sinne fiskalisch handelnden Staates postuliert. Auch die Einwände Forsthoffs⁵⁰⁾ werden der Beweisführung Zeidlers nicht gerecht. Denn es ist keineswegs sicher, daß der Ausdruck "vollziehende Gewalt" in Art. 1 Abs. 3 GG auf eine Überordnung hinweist. Immerhin ist der ursprüngliche Wortlaut "Verwaltung" geändert worden, ohne daß eine sachliche Änderung beabsichtigt war⁵¹⁾.

d) Ergebnis

Daß in Art. 1 Abs. 3 GG mit den Worten "vollziehende Gewalt" auch die erwerbswirtschaftliche Verwaltung erfaßt sei, ist mit dem Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG bestritten worden, der mit den Worten "öffentliche Gewalt" nach allgemeiner Ansicht gerade die fiskalische Verwaltung nicht berühre⁵²⁾. Diese Argumentation überzeugt nicht, weil, wie Zeidler⁵³⁾ zu Recht angemerkt hat - Kontrollnorm und Funktionsnorm sich nicht decken müssen⁵⁴⁾. Vor Gericht wird die "Frage des Dürfens" nachgeprüft; die Kontrolle des Müssens wird für die Verwaltung, jedenfalls auch, von anderen Stellen, z.B.

49) Vgl. a.a.O. (48), S. 101 f.

50) Der Staat als Auftraggeber, S. 13 f.

51) Vgl. Giese-Schunck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 1 Anm. 4.

52) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 1 Anm. V 3b - S. 159; Dürig, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S. 199 (allerdings nicht mehr in Maunz-Dürig).

53) Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 227, unter Berufung auf Forsthoff, Über Maßnahmegesetze, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, S. 235, wo dies unausgesprochen vorausgesetzt ist.

54) Vgl. Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, S. 363; Erich Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, S. 115 f.

Aufsichtsbehörden und Rechnungshöfen, ausgeübt⁵⁵⁾. Daher schließt die übliche Interpretation des Art. 19 Abs. 4 GG, seine Nicht-Geltung für die Fiskalverwaltung, deren Grundrechtsgebundenheit nach Art. 1 Abs. 3 GG nicht aus.

Erscheint so die schlüssige Argumentation aus Art. 1 GG, auf die sich Zeidler gestützt hat, nicht widerlegt und nicht widerlegbar, so müssen wir davon ausgehen, daß der Staat, in welchen Rechtsformen er auch immer handelt, an die Grundrechte der Verfassung gebunden ist. Soweit dem Staat aber zu "wirtschaften" erlaubt ist, müssen die grundrechtlichen Bindungen, welche eine sinnvolle erwerbswirtschaftliche Betätigung ausschließen, eingeschränkt sein⁵⁶⁾.

3. Die hier verwendete Einteilung des Verwaltungshandelns

Wird so die Kategorie der fiskalischen Verwaltung von einer ihrer folgenschwersten Konsequenzen entlastet, so kann die gebräuchliche Klassifizierung des Verwaltungshandelns, die ihren Wert im Hinblick auf die anderen öffentlichrechtlichen Bindungen behält, in folgender Form beibehalten werden: Fiskalische Verwaltung ist die in privatrechtlichen Formen erfolgende Tätigkeit der Verwaltung zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken und zur Bedarfsdeckung. Man könnte insoweit von wirtschaftender⁵⁷⁾ öffentlicher Verwaltung sprechen, um das belastete Wort "fiskalisch" zu vermeiden⁵⁸⁾.

Der Bereich der hoheitlichen Verwaltung ist unterteilt in obrigkeitliche und schlichthoheitliche Verwaltung. Obrigkeitlich handelt der Staat, wenn er, seine hoheitliche Macht einsetzend, anbietend, gebietend, streitentscheidend, Zwang androhend und anwendend in die Sphäre der Bürger eingreift⁵⁹⁾. Den gesamten übrigen Bereich bezeichnen wir als schlichthoheitliche Verwaltung. Der Staat wird hier mit nicht-obrigkeitlichen Mitteln zu nicht-fiskalischen Zwecken tätig.

55) Vgl. Menger, Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 591.

56) Vgl. dazu die bei Zeidler, a.a.O. (53), S. 232 ff., angeführten Beispiele.

57) Wirtschaftend betätigt sich die öffentliche Hand auch in den privatrechtlichen Hilfsgeschäften, weil auch die Deckung des sächlichen Bedarfs Teilnahme am Erwerbsleben ist. Vgl. dazu H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 88.

58) Vgl. Haas, Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl. 1960, S. 304.

59) Im Anschluß an H.J. Wolff, a.a.O. (57), S. 91.

Die Crux dieser Einteilung liegt allerdings darin, daß im Raum der schlichthoheitlichen Verwaltung Form und Zweck sich überschneiden, während sie in den beiden auswärts liegenden Zonen fein säuberlich getrennt sind. Sie läßt sich aber nicht vermeiden, da der Tätigkeitsbereich der öffentlichen Verwaltung und ihre Mittel allzu komplex sind⁶⁰⁾.

III. Die einzelnen Maßnahmen der staatlichen Kunstförderung

Während wir bisher die Mittel staatlicher Kunstförderung nach dem Zweck gegliedert haben⁶¹⁾, sollen sie im folgenden zur Untersuchung ihrer Rechtsnatur nach der Tätigkeitsform der Verwaltung unterschieden werden. Dabei ergeben sich fünf Gruppen:

- 1) die Unterhaltung von künstlerischen Einrichtungen wie Kunst- und Musikakademien, Theater und Orchester;
- 2) finanzielle Zuschüsse für künstlerische Einrichtungen und Veranstaltungen, einschließlich der Befreiung von allgemeinen Lasten (insbesondere Steuern);
- 3) finanzielle Zuschüsse für Künstler;
- 4) Stiftung und Vergabe von Kunstpreisen;
- 5) Erwerb künstlerischer Werke.

1. Betrieb und Unterhaltung künstlerischer Einrichtungen

Der Betrieb künstlerischer Einrichtungen umfaßt die verschiedensten Verwaltungshandlungen; da es sich um selbständige, wenngleich nicht immer rechtsfähige Verwaltungseinheiten⁶²⁾ handelt, gilt für

60) Diese Schwierigkeit wird schon bei Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 20 f., offenbar. Das rechtfertigt aber nicht, die Kategorie der schlichten Hoheitsverwaltung der Sache nach zu leugnen, wie dies Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 59 f., tut.

61) Diese Zwecke sind: Ausbildung der Künstler, Unterstützung in Not geratener Künstler, Förderung und Auszeichnung hervorragender Künstler, Erhaltung von Theatern und Orchestern, Ermöglichung künstlerischer Veranstaltungen, künstlerische Ausschmückung von Gebäuden, öffentlichen Plätzen und dgl. Eine Maßnahme kann auch hier mehreren Zwecken dienen.

62) Vgl. Köttgen, Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, VerwArch. 44, S. 1 ff. (7).

sie nichts anderes, als was über die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung schlechthin ausgesagt werden kann.

Hier kommt es indessen nicht auf den Betrieb solcher Einrichtungen an, sondern auf ihre Errichtung und Unterhaltung durch das staatliche "Muttergemeinwesen".

Die staatlichen Kunst- und Musikhochschulen sind in der Regel⁶³⁾ unselbständige Anstalten, durch einen Organisationsakt des Landes als Anstaltsträger entstanden⁶⁴⁾. Zweck dieser Anstalten ist die Ausbildung künstlerisch begabter Menschen zur Lehrbefähigung, zum anwendenden oder zum freischaffenden bzw. ausübenden Künstler⁶⁵⁾.

Die Errichtung und Unterhaltung der staatlichen Kunst- u. Musikhochschulen gehört in den Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung⁶⁶⁾. Das schließt nicht aus, daß im Rahmen dieser Tätigkeit obrigkeitliche Entscheidungen in der Form des Verwaltungsaktes (Zulassung zum Besuch der Anstalt) oder fiskalische Handlungen (Bedarfsdeckung) vorgenommen werden. Entscheidend ist aber, daß die Bereitstellung dieser besonderen, aus der allgemeinen Behördenorganisation abgesonderten Verwaltungseinrichtungen und ihre Unterhaltung in Verfolg einer unmittelbar öffentlichen, d.h. nicht-fiskalischen Aufgabe erfolgt und dabei obrigkeitliche Machtmittel nicht eingesetzt werden (können). Gerade in der Bereitstellung und in der Unterhaltung des Betriebes ist das Wesen dieser Art von staatlicher Kunstförderung zu erblicken.

Theater werden von den Ländern entweder als selbständige, nicht-rechtsfähige Verwaltungseinheiten⁶⁷⁾ (Anstalten mit privatrecht-

63) Ausnahmen: Hochschule für Bildende Künste Berlin (Satzung v. 9.1.1950, VOB1. S. 29); Hochschule für Musik Berlin (Satzung v. 9.1.1950, VOB1. S. 28); Staatliche Hochschule für Musik in Hamburg (G. v. 3.10.1961, GVBl. S. 314); Staatliche Hochschule für bildende Künste in Hamburg (G. v. 29.3.1955, GVBl. S. 137, i.d.F. v. 3.10.1961, GVBl. S. 315).

64) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 264.

65) Vgl. Verfassung der Staatlichen Akademie der Bildenden Künste Karlsruhe, Vorspruch; Verfassung der Staatlichen Akademie der Bildenden Künste Stuttgart, § 1; Verfassung der Staatlichen Hochschule für Musik Freiburg i.Br., Vorspruch; Vorläufige Verfassung der Staatlichen Hochschule für Musik Stuttgart, Art. 1.

66) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 91 (allgemein für Schulen und ähnliche Anstalten).

67) Vgl. auch Becker-Kluge, Kulturpolitik und Ausgabenkontrolle, S. 170.

licher Nutzung⁶⁸⁾ oder in der Form von Kapitalgesellschaften, meist als GmbH⁶⁹⁾, betrieben. Ähnliches gilt von den staatlichen Orchestern⁷⁰⁾. Daß sie Einrichtungen im Rahmen der Daseinsvorsorge sind, muß ebenso wie bei den Kunst- und Musikhochschulen mit Forsthoff⁷¹⁾ angenommen werden. Damit fällt auch ihre Errichtung und Unterhaltung aus dem Bereich der fiskalischen Verwaltung heraus; wir bewegen uns noch immer im weiten Bezirk schlichthoheitlicher Verwaltung, Während das als Kapitalgesellschaft geführte Staatstheater ausschließlich in den Formen des Privatrechts handeln kann, wäre bei den als Regiebetrieb geordneten Theatern an sich auch obrigkeitliches Handeln möglich⁷²⁾; da jedoch beim Theater die Anstaltsbenutzung immer privatrechtlich, nämlich aufgrund eines Vertrages gewährt wird, fehlt es hier an einem sog. besonderen Gewaltverhältnis der Benutzer, das Verhältnis von Besucher und Theater wickelt sich nach den Regeln des Privatrechts ab⁷³⁾. Auch der innere Betrieb des Regietheaters läuft in den privatrechtlichen Formen ab. Für die Orchester gilt im wesentlichen das gleiche. Die Kennzeichnung als Anstalt stößt bei ihnen allerdings insofern auf Schwierigkeiten, als der Bestand an sächlichen Mitteln⁷⁴⁾ verhältnismäßig gering ist, wenn nicht ein eigenes Konzerthaus zur Verfügung steht⁷⁵⁾.

-
- 68) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 256 und 261; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band II, S. 274 Anm. 11.
69) 1953/54 wurden von 18 Staatstheatern drei als GmbH (zwei in Hamburg, eines in Bremen) und eines als AG (Hamburger Staatsoper) betrieben; vgl. Uhde, GmbH-Theater oder Regietheater? Der Städtetag 1955, S. 438 ff.
70) Das Berliner Philharmonische Orchester (Haushaltsplan 1964 B 3330) und das Philharmonische Staatsorchester Hamburg (Haushaltsplan 1964, Kap. 3540 Tit. 662) werden als Regiebetrieb in der Form einer nichtrechtsfähigen Anstalt geführt.
71) Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 322. Daß er von städtischen Theatern spricht, ist insoweit unerheblich.
72) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 265 f.
73) Vgl. H.J. Wolff, a.a.O. (72), S. 267 und 270.
74) Auf das Merkmal "Bestand von sächlichen und persönlichen Mitteln" (Otto Mayer, a.a.O. (68), S. 268; daran anschließend etwa Forsthoff, a.a.O. (71), S. 433) verzichtet H.J. Wolff, a.a.O. (72), S. 256: "von einer Person oder Gesamthand getragene und ständig beeinflusste, rechtlich subjektivierte Organisation". Aber diese Definition leidet an fehlender Abgrenzung zur Körperschaft und Stiftung.
75) Wie etwa die Philharmonie in Berlin.

Kunst- und Musikhochschulen sowie Theater und Orchester des Staates sind demnach staatliche Leistungen im Rahmen der sog. Daseinsvorsorge; die ersteren sind öffentlich-rechtlich aufgebaut, die letzteren weitgehend privatrechtlich.

2. Zuschüsse für künstlerische Einrichtungen und Veranstaltungen

Die Vielfalt finanzieller Zuwendungen des Staates, die er zur Förderung der Kunst an Einrichtungen und Organisationen zur Deckung ihres laufenden Bedarfs oder zur Unterstützung bestimmter Veranstaltungen gewährt, läßt sich - wie überhaupt die Subventionspraxis der öffentlichen Hand - kaum noch übersehen. Da bislang für den Bereich unserer Untersuchung zusammenfassende Angaben fehlen, kann die oben⁷⁶⁾ gegebene Übersicht über die wichtigsten Maßnahmen der öffentlichen Kunstpflege Anspruch auf Vollständigkeit nicht erheben. Wir müssen uns daher mit der Qualifizierung der wichtigsten und typischen Zuwendungen begnügen:

Zuwendungen an nichtstaatliche (kommunale und private) Ausbildungsstätten für Kunst und Musik, nichtstaatliche Theater und Orchester, Zuwendungen an Kunstvereine und ähnliche Organisationen im gesellschaftlichen Bereich, an kommunale oder private Veranstalter von Festspielen, Kunstausstellungen u.ä. sowie schließlich Zuwendungen an Filmproduzenten⁷⁷⁾. Diese letzteren werden wegen ihrer Bedeutung als wirtschaftliche Maßnahme einer teilweise gesonderten Untersuchung bedürfen.

a) Der Subventionsbegriff

Der Staat gewährt diese Zuwendungen in Wahrnehmung der ihm in verstärktem Maße zugewachsenen Aufgabe, die Kunst zu fördern, also "zur Erreichung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse gelegenen Zwecks"⁷⁸⁾. Diese Bestimmung wirft die Frage auf, ob man diese Zuschüsse als Subventionen bezeichnen und damit unter einen

76) S. 67 ff.

77) Diese Zuwendungen werden an dieser Stelle und nicht unter 3) behandelt, weil sie nicht dem privaten Haushalt eines Künstlers zufließen, sondern zur Finanzierung von Filmvorhaben vergeben werden.

78) Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.12.1958, DÖV 1959, S. 706 (707).

Begriff fassen kann, welcher in den letzten Jahren verstärkt in das Blickfeld verwaltungsrechtlicher Untersuchungen gelangt ist⁷⁹⁾.

Mangels einer Legaldefinition des Wortes könnte man zwar an sich Subvention nennen, was man will, solange der Wortsinn nicht verlassen wird - und das wäre bei dessen Allgemeinheit nicht so schnell der Fall⁸⁰⁾. Indessen hat das Wort durch die rechtswissenschaftlichen Untersuchungen und auch durch die Judikatur⁸¹⁾ bereits eine gewisse Eingrenzung erfahren, wobei die Definitionen allerdings im einzelnen noch erhebliche Unterschiede zeigen. Den Kern des Subventionsbegriffes wird man darin erblicken können, daß vermögenswerte Vorteile von einem Hoheitsträger zur Erreichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zweckes unmittelbar an Private gegeben werden.

Diese Begriffsbestimmung mag noch zu weit sein⁸²⁾; dennoch ist dadurch bereits ein Teil der hier zu untersuchenden Zuwendungen ausgeschieden, nämlich die von den Ländern und vom Bund an Kommunen oder andere öffentlich-rechtliche Verwaltungsträger gegebenen finanziellen Mittel. Maunz⁸³⁾ spricht insoweit von "Zuschüssen innerhalb der Verwaltung"; terminologische Bedenken brauchen nicht weiter verfolgt zu werden⁸⁴⁾.

Können wir wenigstens den Rest der hier interessierenden Zuwendungen in den erhellten Bezirk des Subventionsbegriffes retten? Das hängt von der Frage ab, ob der Begriff auf Leistungen an Private

79) Vgl. dazu die bei Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 461 ff., 498 ff., 602 ff. (insbes. S. 461 Anm. 1 und 2), nachgewiesene Literatur. Neuere Nachweise bei: Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 518 ff. und 557 ff.; Welter, Subventionen als Rechtsbegriff, BB 1962, S. 493 ff.; Hamann, Zur Problematik des Subventionsrechts, DVBl. 1963, S. 486 ff.

80) Stern, a.a.O. (79), S. 519, spricht zu Recht von der "mögliche(n) uferlose(n) Ausdeutung, die dem Wortsinn anhaftet". Vgl. auch Karl-Otto Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, S. 97: "kein fest-umrissenes Rechtsinstitut".

81) Vgl. insbes. BVerwG, a.a.O. (78); OVG Saarland, Urt. v. 6.5.1959, DÖV 1959, S. 708; BGH, Urt. v. 30.4.1959, DÖV 1959, S. 710.

82) Vgl. Welter, a.a.O. (79), S. 494.

83) Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, BayVBl. 1962, S. 1 f.

84) Sie könnten etwa an die Vorstellung von einer einheitlichen Verwaltung anknüpfen.

als Teilnehmer des Wirtschaftsprozesses beschränkt ist oder ob die Leistungen auch zur Erreichung nichtwirtschaftlicher Zwecke gegeben werden können.

In der Judikatur, die bislang allerdings nur wenige definitorische Versuche unternommen hat⁸⁵⁾, finden wir einen in bezug auf den von der öffentlichen Hand verfolgten Zweck sehr weiten Subventionsbegriff. Das Bundesverwaltungsgericht⁸⁶⁾ bezeichnet als Subventionen "öffentlichrechtliche Leistungen des Staates, die zur Erreichung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse gelegenen Zwecks gewährt werden"⁸⁷⁾. Hier interessiert zunächst nur die Zweckneutralität dieser Begriffsbestimmung. Von ihr geht auch die Definition des OVG Saarland⁸⁸⁾ aus: Das Gericht sieht die Funktion der Subvention "für die öffentliche Verwaltung, die sie gewährt, in der Erzielung eines bestimmten Interventionserfolges öffentlichen Interesses"⁸⁹⁾. Der Bundesgerichtshof, der in einer Entscheidung vom 30. April 1959⁹⁰⁾ die Subventionen als "staatliche Stützungs- und Hilfsmaßnahmen für die Wirtschaft" bezeichnet und also eine eingeengte Zweckbestimmung annimmt, hat damit wahrscheinlich eher eine Beschreibung seines Prozeßgegenstandes als eine Begriffsbestimmung geben wollen⁹¹⁾.

In der Literatur sind die Ansichten über die Zweckbestimmung der Subvention geteilt. Nach Siebert⁹²⁾ ist Subvention "die Förderung, die ein Träger öffentlicher Verwaltung in Verfolg wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Zwecke einem Unternehmen (im weitesten Sinne⁹³⁾) zur Stärkung seiner Leistungskraft zukommen läßt".

85) Vgl. oben Anm. 81.

86) Urt. v. 19.12.1958, DÖV 1959, S. 706 (707).

87) Vgl. die Kritik von Stern, a.a.O. (79), S. 519 f.; Welter, a.a.O. (79), S. 494; ferner Hamann, a.a.O. (79), S. 492 f.

88) Urt. v. 6.5.1959, DÖV 1959, S. 708.

89) Vgl. zur Kritik dieser Definition Stern, a.a.O. (79), S. 519; Welter, a.a.O. (79), S. 494, und Hamann, a.a.O. (79), S. 492 f.

90) DÖV 1959, S. 710.

91) Das verkennt Welter, Subventionen als Rechtsbegriff, BB 1962, S. 494; wie hier Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 519.

92) Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Niedermeyer, S. 235.

93) Von Unternehmen spricht Siebert, a.a.O. (92), um die Subventionen von den Maßnahmen der sozialen Fürsorge zugunsten von Hilfsbedürftigen und Versorgungsempfängern abzuheben.

Wie er gehen auch Köttgen⁹⁴⁾ und Maunz⁹⁵⁾ davon aus, daß Subventionen nicht nur als Mittel zur Wirtschaftsintervention dienen, sondern auch zur Förderung kultureller und sozialer Zwecke; eine eigentliche Definition geben sie indessen nicht. Henze⁹⁶⁾ hält zwar juristischer Betrachtung nur die Subvention als Mittel der fördernden Wirtschaftslenkung für wert, spricht jedoch auch von "Subventionen an kulturelle und soziale Institutionen", geht somit ebenfalls von dem allgemeineren Begriff aus⁹⁷⁾.

Dagegen beschränken Ipsen⁹⁸⁾, Stern⁹⁹⁾, Welter¹⁰⁰⁾, Fischer¹⁰¹⁾ und Hamann¹⁰²⁾ den Zweck der Subvention auf die Beeinflussung des Wirtschaftsablaufs und fassen nur Sonderleistungen an die Wirtschaft unter den Begriff. Dabei bestehen im einzelnen erhebliche Unterschiede, auf die aber hier nicht einzugehen ist. Im Grunde genommen ist die Beschränkung des Subventionsbegriffs auf den wirtschaftlichen Sektor in der Rechtswissenschaft eine gewisse Willkür¹⁰³⁾. Sie beruht darauf, daß die Erscheinung staatlicher Zuschüsse, weil im wirtschaftlichen Bereich besonders deutlich, zuerst von den Wirtschaftswissenschaften untersucht und für deren Zwecke definiert worden ist¹⁰⁴⁾. Die Rechtswissenschaft hat dann

- 94) Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 1953, S. 485; "... des hier somit nicht nur im engeren Sinne der Wirtschafts- und Finanzwissenschaft zu verstehenden Mittels der Subvention". Vgl. auch Köttgen, Das umstrittene Mandat zur Jugendpflege, DÖV 1961, S. 4: Die nach § 4a des Regierungsentwurfs zur Änderung und Ergänzung des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes (= § 8 JWG) vorgesehenen Zuschüsse der Gemeinden an die Träger der freien Jugendhilfe werden als Subventionen bezeichnet.
- 95) Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, BayVBl. 1962, S. 2: "Der Staat verspricht sich von der Subventionierung eine Förderung einer ihm zufallenden Aufgabe oder Zielsetzung, z.B. die Beseitigung der Wohnungsnot oder die Förderung der Leibesübungen".
- 96) Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, S. 27 ff. (30).
- 97) Vgl. auch Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 178.
- 98) Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 461 ff., 498 ff. und 602 ff.
- 99) Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 518 ff.
- 100) Subventionen als Rechtsbegriff, BB 1962, S. 493 ff.
- 101) Subventionen als Rechtsbegriff, BB 1962, S. 1185 f.
- 102) Zur Problematik des Subventionsrechts, DVBl. 1963, S. 486 ff.
- 103) Vgl. Stern, a.a.O. (99), S. 520: Keineswegs durch die Logik geboten.
- 104) Vgl. Ipsen, a.a.O. (98), S. 461.

später die Terminologie von dorthier übernommen und verteidigt sie mit dem Argument, daß die Handlichkeit des Subventionsbegriffes erhalten werden müsse¹⁰⁵⁾.

b) Terminologische Fixierung: Zuschüsse

Es handelt sich um eine Frage terminologischer Zweckmäßigkeit. Da das Schwergewicht der Subventionen eindeutig im wirtschaftlichen Bereich liegt, erscheint es angebracht, die sich herauskristallisierende Beschränkung des Begriffs der Subvention auf dieses Gebiet beizubehalten. Wir werden deshalb für die hier zu untersuchenden staatlichen Leistungen den Ausdruck "Subvention" nicht verwenden, sondern sie als Zuschüsse bezeichnen¹⁰⁶⁾. Desungeachtet behält ein Großteil der Ergebnisse, welche die rechtswissenschaftlichen Untersuchungen der Subventionen zutage gefördert haben, auch in bezug auf diese Zuschüsse für künstlerische Veranstaltungen und Zwecke Gültigkeit.

Solche Zuschüsse können in verschiedenen Formen vergeben werden. Zunächst - und das ist der Hauptfall - als finanzielle¹⁰⁷⁾ Zuwendung ohne Rückzahlungsverpflichtung, wobei man zwischen direkten und indirekten Zuschüssen unterscheiden kann¹⁰⁸⁾. Direkte Zuschüsse sind Zahlungen von Geldbeträgen, indirekte Verzicht auf Geldtendmachung geschuldeter öffentlicher Abgaben¹⁰⁹⁾. Daneben können Zuschüsse auch als Kredite und als Gewährleistungen vergeben werden. Im Bereich der Kunstförderung sind Kredite allerdings eine seltene Ausnahme, weil es ja nicht um die Stärkung der Wirtschafts-

105) Vgl. Stern, a.a.O. (99), S. 520; Hamann, a.a.O. (102), S. 493.

106) Die von Maunz, a.a.O. (95), S. 1, vorgeschlagene Gleichsetzung von Zuschüssen und "Zuschüssen innerhalb der Verwaltung" hat sich, soweit ersichtlich, nicht durchgesetzt.

107) Andere vermögenswerte Zuwendungen sind nicht bekannt, aber natürlich denkbar.

108) Im Anschluß an Welter, Subventionen als Rechtsbegriff, BB 1962, S. 493 ff. (insbes. S. 493 und 496). Die von E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band II, S. 258 f., vorgenommene Unterscheidung zwischen direkten (offenen) und indirekten (verdeckten) Subventionen erscheint in bezug auf die Darstellung der letzteren nicht präzise genug. Es empfiehlt sich, danach zu trennen, ob Zuwendungen über die Ausgaben-seite (direkte) oder die Verkürzung der Einnahmenseite (indirekte) des öffentlichen Haushalts erfolgen.

109) Vgl. Welter, a.a.O. (108); Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 504.

kraft geht, die den Kreditnehmer später zur Rückzahlung instand setzt. Gewährleistungen in Form von Ausfallbürgschaften für künstlerische Veranstaltungen sind dagegen ein nützliches und immer wieder angewandtes Mittel.

c) Rechtliche Qualifizierung

aa) Allgemein

Die Vergabe der Zuschüsse, und zwar sowohl an Private als auch an juristische Personen des öffentlichen Rechts, gehört zum Bereich der hoheitlichen Verwaltung, da es sich nicht um fiskalische Tätigkeit im hier verstandenen Sinne¹¹⁰⁾ handelt. Die weitere Frage, ob es sich um obrigkeitliche oder schlichthoheitliche Verwaltung handelt, stößt auf gewisse Schwierigkeiten. Die Entscheidung über die Gewährung eines Zuschusses an nichtstaatliche Träger künstlerischer Einrichtungen oder Veranstaltungen müssen wir als Verwaltungsakt qualifizieren, denn sie stellt sich dar als eine "Maßnahme einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts"¹¹¹⁾. Insoweit sind hier die Ergebnisse jener Untersuchungen über die Subventionierung verwertbar, wonach deren erste Stufe als Verwaltungsakt anzusehen ist¹¹²⁾; daß bei den hier zu untersuchenden Zuschüssen im Rahmen der Kunstförderung des Staates eine zweite, zivilrechtliche Abwicklungsstufe¹¹³⁾ in der Regel fehlt, ist unerheblich.

110) Vgl. oben, S. 112.

111) Diese Definition des § 25 Abs. 1 MRVO Nr. 165 hat sich im wesentlichen durchgesetzt. Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 21.10.1955, BVerwGE 2, 273 (274); Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, S. 209 f. Ferner: Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 189; v. Turegg-Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 128; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 251. Vgl. auch Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 100 f.

112) Vgl. Ipsen, a.a.O. (109), S. 603 ff. und 606 ff.; Herbert Krüger, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, S. 385; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Rdnr. 137; Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961, S. 168; BVerwG, Urt. v. 12.1.1955, S. 506 (507); Urt. v. 23.7.1958, DÖV 1959, S. 107.

113) Vgl. dazu Ipsen, a.a.O. (112); Herbert Krüger, a.a.O. (112); Maunz-Dürig, a.a.O. (112).

Ist die Entscheidung über die Gewährung des Zuschusses als Verwaltungsakt zu qualifizieren, so wäre diese Tätigkeit der Verwaltung damit bereits in den Bereich obrigkeitlicher Verwaltung verwiesen¹¹⁴⁾, wenn die Entscheidung in der Form des Verwaltungsaktes Kriterium der obrigkeitlichen Verwaltung wäre.

Das ist jedoch nicht der Fall. Der Begriff des Verwaltungsakts hat heute wohl nur noch prozessuale Bedeutung¹¹⁵⁾ und stellt sich im übrigen eher als eine Belastung denn als eine Bereicherung des Verwaltungsrechts dar. Seine weite, formale Bestimmung beruht im wesentlichen darauf, daß das Vorliegen eines Verwaltungsaktes Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsklage ist, die nach wie vor das Zentrum des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes darstellt. Dieser Umstand zwingt zur Vorsicht, wenn der Begriff des Verwaltungsaktes außerhalb des Prozeßrechts verwendet werden soll.

Er ist kein brauchbares Kriterium zur Unterscheidung zwischen obrigkeitlicher und schlicht-hoheitlicher Verwaltung. Der für die Eingriffsverwaltung entwickelte Begriff des Verwaltungsakts ist nicht auf obrigkeitliche Regelungen beschränkt¹¹⁶⁾; ein Verwaltungsakt kann auch im Bezirk der schlichten Hoheitsverwaltung ergehen.

Bei der Entscheidung über die Gewährung eines Zuschusses setzt der Staat nicht seine hoheitliche Macht ein; es wird weder verboten noch geboten, weder ein Streit entschieden noch Zwang angedroht oder angewendet. Die Verwaltung wird vielmehr in einer Form tätig, die sich vom Handeln eines Privaten nicht wesentlich unterscheidet. Daß sie dabei eine Entscheidung trifft und man diese Entscheidung als Verwaltungsakt qualifiziert, besagt demgegenüber nichts. Entscheidend ist, daß bei der Bewilligung von Zuschüssen nicht von hoher Hand entschieden wird, daß die staatlichen Machtmittel nicht eingesetzt werden.

Wenn also das Ministerium oder eine nachgeordnete Verwaltungsbehörde über die Gewährung eines Zuschusses entscheidet - positiv

114) Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 21; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42, RdNr. 13; Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 170.

115) Vgl. Menger, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 51 (1960), S. 375 f.

116) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 251.

oder negativ¹¹⁷⁾ - so handelt es sich dabei um schlicht-hoheitliche Verwaltungstätigkeit.

Staatliche Zuschüsse für künstlerische Zwecke werden indessen nicht nur aufgrund allgemeiner haushaltsrechtlicher Bewilligungen¹¹⁸⁾ durch die Exekutive vergeben, sondern in bestimmten Fällen werden vom Parlament im Haushaltsplan genau bezifferte Mittel für einen konkreten Zweck bereitgestellt. Weil jedoch die etatismäßige Bereitstellung der Mittel dem Begünstigten noch keinen Anspruch gewährt¹¹⁹⁾, bedarf es auch in diesem Fall eines Verwaltungsaktes über die Vergabe des entsprechenden Zuschusses, der regelmäßig vom zuständigen Ministerium erlassen wird¹²⁰⁾.

bb) Speziell: Filmförderung

Die Ausklammerung der hier behandelten Zuschüsse aus dem Begriff der Subvention, weil es sich nicht um auf die Wirtschaft bezogene Maßnahmen handelt, kann für die staatliche Unterstützung der Filmwirtschaft nicht ohne weiteres gelten. Ipsen hat zu Recht angemerkt, daß "die Filmsubventionierung jedenfalls ihren Ausgang genommen hat vom öffentlichen Interesse an der Stützung eines notleidenden Wirtschaftszweiges"¹²¹⁾. Man kann indessen die von Bund und Ländern den Filmproduzenten gewährten Zuwendungen auch unter kulturpolitischen Gesichtspunkten sehen, eine Betrachtungsweise, die neuerdings in den Vordergrund gerückt scheint, da die Unterstützungsmaßnahmen in der Form einer Auszeichnung für einen fer-

117) Vgl. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 603 ff.

118) z.B. Bundeshaushaltsplan 1964, Kap. 0602 Tit. 660 und 661: Förderung der Kultur; Staatshaushaltsplan Baden-Württemberg 1964, Kap. 0489 Tit. 603: Förderung der Kunst und des Schrifttums.

119) § 24 Reichshaushaltsordnung v. 31.12.1922, RGBl. II, 1923, S. 17.

120) Er könnte allerdings auch vom Parlament selbst erlassen werden. Daß auch das Parlament Verwaltungsobliegenheiten erfüllen kann, ist anerkannt (vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 9; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 8; BVerwG, Urf. v. 26.3.1955, BVerwGE 2, 36 (37 f.)). Um einen Verwaltungsakt im technischen Sinne handelt es sich dann allerdings nicht (a.A. Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 220). Daß die einfache Bereitstellung der Mittel zum konkreten Zweck im Haushaltsplan nicht ausreicht, um Rechtsbeziehungen zu Privaten herzustellen, übersieht H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 90.

121) Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 469.

tiggestellten Film gegeben werden, der bestimmte Anforderungen an seine künstlerische Gestaltung erfüllt. Das trifft für den Deutschen Filmpreis, die Vergnügungssteuerermäßigung und die Filmprämien zu, denn sie werden in jedem Fall nur "guten Filmen" zugesprochen. Durch diese Art der Filmförderung soll mithin erreicht werden, daß das "künstlerische Niveau" des deutschen Films verbessert bzw. allgemein bessere Filme gezeigt werden. Ein Werk, das ohne jeden filmkünstlerischen Anspruch gemacht wird, kann eine Auszeichnung zu Recht nicht erhalten.

Natürlich läßt sich nicht leugnen, daß Gesichtspunkte der Wirtschaftsförderung bei der Unterstützung des Films eine wesentliche Rolle spielen. Aber das Ziel der staatlichen Maßnahmen ist heute nicht mehr die Erhaltung eines Wirtschaftszweiges allein, sondern zumindest auch, wohl sogar vorwiegend die Wiederbelebung inländischer Filmkunst. Dann aber treibt der Staat Kunstförderung. Daher erscheint es angemessen, auch die Zuwendungen an Filmproduzenten als Zuschüsse und nicht als Subventionen im technischen Sinne zu bezeichnen.

3. Zuschüsse an einzelne Künstler

Nach Köttgen ist "Ansatz und Gegenstand aller öffentlichen Kulturpflege ... stets eine kulturelle Institution"; der freischaffende Künstler ist nach seiner Ansicht dieser Kulturpflege "fast unzugänglich"¹²²⁾. Das ist auf jeden Fall unvollständig. Wir haben festgestellt, daß gerade auch der einzelne Künstler Adressat staatlicher Kunstförderung (und also auch der Kulturpflege) ist. Daß sich die Förderung der Einzelnen auch hinsichtlich der aufgewendeten Summen in wesentlich geringeren finanziellen Quantitäten bewegt als die Mittel für Einrichtungen und Organisationen, liegt allerdings offen zutage, ist aber unerheblich; es kommt auf den Effekt, nicht auf den Aufwand an.

In den folgenden drei Abschnitten werden die Formen staatlicher Kunstpflege untersucht, die sich unmittelbar an Einzelne wenden. Zunächst die finanziellen Zuwendungen an einzelne Künstler. Dazu

122) Die Kulturpflege und der Bund, in: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, S. 183; ähnlich auch Hamann, Zur Problematik des Subventionsrechts, DVBl. 1963, S. 487.

rechnen Ausbildungs- und Fortbildungsstipendien sowie die sog. Förderpreise, Maßnahmen, die vor allem jungen Künstlern zugute kommen; weiter Beihilfen für in Not geratene Künstler, die sog. Ehrensolde, bei denen neben der öffentlichen Anerkennung gleichfalls soziale Gesichtspunkte im Vordergrund stehen.

Alle diese Maßnahmen enthalten neben dem Moment der Kunstförderung zugleich das der sozialen Förderung. Sie sollen auch dem Minderbemittelten ermöglichen, seiner künstlerischen Berufung nachzugehen, wodurch der Kreis künstlerischer Bemühungen erweitert wird¹²³⁾.

Das Verfahren zur Gewährung dieser Zuschüsse ist sehr unterschiedlich geregelt. Grundlage der Entscheidung ist stets ein Urteil über die künstlerischen Leistungen und Fähigkeiten des Empfängers, wohingegen Bedürftigkeit bei Stipendien und Förderpreisen nicht unbedingt Voraussetzung ist. Wegen der primären Orientierung an der Würdigkeit des Begünstigten unterscheiden sich diese Zuschüsse an einzelne Künstler, auch wenn sie deren Lebensunterhalt gewährleisten, von Maßnahmen der Sozialhilfe¹²⁴⁾.

4. Kunstpreise

Die staatlichen Kunstpreise sind eine Erscheinung, die nicht so recht zum Bild des modernen Verwaltungsstaates passen wollen; sie muten wie ein liebenswürdiger Anachronismus an. Die staats- und verwaltungsrechtliche Literatur nimmt sie auch gar nicht zur Kenntnis, obwohl Bund und Länder eine stattliche Anzahl von Kunstpreisen vergeben¹²⁵⁾. Um ihrer juristisch Herr zu werden, muß man

123) Auf diesen Gesichtspunkt hat Thieme, Recht und Pflicht der wissenschaftlichen Hochschule zur sozialen Fürsorge für ihre Studenten, S. 15, für die soziale Förderung der Studenten hingewiesen.

124) Vgl. Theodor Heuss, Memorandum zur "Künstlerhilfe", S. 3, und Halbach, Die Alters- und Hinterbliebenensicherung der selbständigen Künstler, S. 8, über die "Deutsche Künstlerhilfe", deren Zuwendungen "nicht in die Atmosphäre der Sozialfürsorge gerückt" sein sollen.

125) Die Bundesrepublik vergibt den Deutschen Filmpreis (vgl. Erlaß des Bundesministers des Innern v. 12.4.1963, GMB1. S.188); die Länder vergeben folgende Kunstpreise (einschließlich der Förderpreise):

Baden-Württemberg: Deutscher Kunstpreis der Jugend (Malerei, Graphik und Plastik), Hans-Thoma-Gedenkpreis (bildende Kunst),

zunächst nach dem Zweck fragen, den der Staat mit ihrer Stiftung und Vergabe verfolgt. Da der Staat nach einer immer wieder aufgestellten Behauptung¹²⁶⁾ "nichts verschenken darf"¹²⁷⁾, muß es sich dabei um einen öffentlichen Zweck handeln.

a) Ihr Zweck

Es geht natürlich um die Förderung der Kunst, wie denn auch der Bundesminister des Innern in jedem Erlaß über den Deutschen Filmpreis¹²⁸⁾ erklärt, dieser werde "zur Förderung des deutschen Filmschaffens" vergeben. Doch damit ist der Zweck zu allgemein und un-

Schiller-Gedächtnis-Preis (Literatur), Hebel-Preis (Literatur); Bayern: Förderungspreis für junge Künstler und Schriftsteller (bildende Kunst, Musik und Literatur); Berlin: Berliner Kunstpreis (6 Abteilungen: bildende Kunst, Baukunst, Musik, Literatur, darstellende Kunst, Film und Fernsehen), Preis "Junge Generation" (für die gleichen Gebiete); Bremen: Rudolf-Alexander-Schröder-Preis (Literatur); Hamburg: Lessing-Preis (Literatur), Bach-Preis (Musik), Lichtwark-Preis (bildende Kunst), Fritz-Schumacher-Preis (Architektur), Edwig-Scharff-Preis (Malerei und Bildhauerei), Alexander-Zinn-Preis (Literatur); Hessen: Goethe-Plakette (allgemein für besondere Verdienste im kulturellen Bereich; erwähnt sei außerdem der Hessische Staatspreis für das deutsche Kunsthandwerk); Niedersachsen: Großer Niedersächsischer Kunstpreis (abwechselnd für bildende Kunst, Literatur und Musik), Niedersächsischer Förderungspreis für junge Künstler (Literatur, bildende Kunst und Musik; erwähnt sei außerdem der Staatspreis für hervorragende Leistungen des niedersächsischen Kunsthandwerks); Nordrhein-Westfalen: Großer Kunstpreis des Landes Nordrhein-Westfalen (5 Abteilungen: Malerei, Bildhauerei, Baukunst, Musik, Literatur), Förderungspreis für junge Künstler (nicht an bestimmte Gebiete gebunden); Rheinland-Pfalz: Kunstpreis Rheinland-Pfalz (abwechselnd für bildende Kunst, Musik und Literatur); Saarland: Kunstpreis des Saarlandes (abwechselnd für Musik, Literatur und bildende Kunst); Schleswig-Holstein: Kunstpreis des Landes Schleswig-Holstein (bildende Kunst, Musik, Literatur). - Diese Übersicht beruht auf Angaben der zuständigen Ministerien und der Übersicht "Deutsche Kunstpreise 1946 bis 1961".

126) Vgl. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 605; Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961, S. 168; Karl-Otto Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, S. 21 f.; Haenel, Deutsches Staatsrecht, S. 380 Anm. 2.

127) Vgl. dazu unten, S. 171 f.

128) Vgl. oben, S. 76 Anm. 70 und 72.

genau bezeichnet, weil die Verbindung vom Mittel zum Zweck fehlt. Daß etwa die "Förderung des deutschen Filmschaffens" durch den Deutschen Filmpreis auf verschiedenen Wegen angestrebt wird, macht dessen Ausgestaltung schon äußerlich deutlich: Der Hersteller des besten deutschen Spielfilmes erhält die "Goldene Schale" als Wanderpreis für die Dauer eines Jahres und zugleich eine Prämie in Höhe von DM 450.000,-- zur Herstellung neuer Filmvorhaben. Daneben können an die Hersteller von Spiel-, Kultur- und Kurzfilmen die Filmbänder in Gold und Silber verliehen werden, die ebenfalls mit einer Prämie verbunden sind. Außerdem können mit dem "Filmband in Gold" ausgezeichnet werden die beste Leistung eines Drehbuchautors, Regisseurs, Hauptdarstellers, Darstellers einer Nebenrolle und Nachwuchsschauspieler sowie die beste Leistung in der Kameraführung, der Filmarchitektur und der Filmmusik. Und schließlich gibt es noch das "Filmband in Gold" für "Filmkünstler, die sich durch langjähriges und hervorragendes Wirken im deutschen Film ausgezeichnet haben"¹²⁹⁾.

Bei den Herstellerpreisen besteht der Förderungseffekt zu einem großen Teil in dem Zuschuß für neue Filmvorhaben. Daneben aber kommt dem eigentlichen Preis eine spezielle Funktion zu; bei den Auszeichnungen für die besten Einzelleistungen besteht sie für sich allein. Wenn wir die Kunstpreise allgemein zu den Maßnahmen der Kunstförderung rechnen, muß eben diese Funktion geklärt werden. Zwar sind die meisten Preise mit einer Geldprämie ausgestattet; aber sie ist keineswegs immer so groß, daß man in ihr den wesentlichen Sinn der Auszeichnung erblicken könnte. Die Kunstpreise, soweit sie solchermaßen dotiert sind, wirken gewiß auch als Zuschuß - und in dieser Beziehung ist der Effekt als Mittel der Kunstförderung nicht problematisch; das Wesen der Kunstpreise kann man jedoch hierin allein nicht sehen.

Sie sind Anerkennung, Auszeichnung einer hervorragenden künstlerischen Leistung, gehören also wie Titel, Orden und Ehrenzeichen¹³⁰⁾

129) Erlaß über den Deutschen Filmpreis v. 12.4.1963, I C 2, GMB1. S. 188.

130) Vgl. Gesetz über Titel, Orden und Ehrenzeichen v. 26.7.1957, BGB1. I, S. 844.

zu den sog. Ehrenverleihungen¹³¹⁾. Deren Sinn wird in zweierlei Hinsicht gesehen: neben der Auszeichnung für den Geehrten in einem Ansporn für ihn und die Allgemeinheit zu neuen bzw. ähnlichen Leistungen¹³²⁾.

Die besondere Wirkung der Kunstpreise beruht auf ihrer Publizität, welche sie zu einer öffentlichen Ehrung des Preisträgers macht¹³³⁾. Ihm wird Anerkennung zuteil, die ihm zugleich Bestätigung in seinem Bemühen sein soll. Die - ohnedies nicht meßbare - psychische Wirkung, die man angesichts der oft beklagten Entfremdung zwischen Künstler und Gesellschaft bzw. Staat nicht unterschätzen sollte, und auch die sehr materiellen Folgeerscheinungen gestiegener Popularität hängen allerdings davon ab, daß der jeweilige Kunstpreis in Ausgestaltung und Verleihung eine gewisse Bedeutung erlangt und repräsentativ für das öffentliche Gemeinwesen Staat ist¹³⁴⁾. Hier beginnt der "Kummer mit Preisen"¹³⁵⁾.

b) Rechtliche Einordnung

Bei der rechtlichen Erfassung der Kunstpreise als speziellen Mittels staatlicher Kunstförderung kann man auf Parallelen zu den Orden und Ehrenzeichen zurückgreifen. Diese werden allerdings "für besondere Verdienste um den Staat"¹³⁶⁾ verliehen und sind dadurch unterschieden von jenen, die für "Verdienste um die Kunst" vergeben werden¹³⁷⁾; doch wegen der öffentlichen Bedeutung der Kunst, die Beziehungen zum Staat herstellt¹³⁸⁾, sind auch Verdienste um

131) Vgl. Geeb-Kirchner, Deutsche Orden und Ehrenzeichen, Einführung I, S. 14: "Unter Ehrenverleihung in diesem Sinne versteht man jede Übertragung nach außen in Erscheinung tretender Ehren auf ein Rechtssubjekt in der Absicht, dessen auf irgendeinem Gebiet öffentlicher oder privater Tätigkeit erworbene Verdienste zur Anerkennung zu bringen".

132) Vgl. R. v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, 2. Band, S. 161 f.; Geeb-Kirchner, a.a.O. (131).

133) Vgl. Andritzky, Die Problematik der Literaturpreise, Kulturarbeit 1961, S. 102.

134) Vgl. Mewes, Kulturpreise der Städte, Der Städtetag 1958, S. 201; Andritzky, a.a.O. (133).

135) Vgl. dazu oben, S. 72 ff.

136) Vgl. etwa § 1 Gesetz über Titel, Orden und Ehrenzeichen v. 26.7.1957.

137) Vgl. R.v. Mohl, a.a.O. (132), S. 167.

138) Vgl. dazu oben, S. 7 ff.

die Kunst Verdienste um das Gemeinwesen. Wir sehen hierin gerade die Ursache dafür, daß der Staat immer schon Kunstförderung betrieben hat¹³⁹⁾.

Bei der Verleihung einer Auszeichnung und bei der Vergabe eines Kunstpreises handelt der Staat hoheitlich, weil er nicht wirtschaftend tätig wird. Infolgedessen ist es möglich, daß diese Verleihungen als Verwaltungsakte zu qualifizieren sind; das ist zu untersuchen.

H.J. Wolff¹⁴⁰⁾ rechnet die Verleihung von Auszeichnungen zu den Regierungshandlungen im engeren Sinne, stellt sie also in eine Reihe mit der Auflösung des Parlamentes, der Ausschreibung von Wahlen, der Regelung des diplomatischen Verkehrs und der Ausübung des Begnadigungsrechts durch das Staatsoberhaupt. Das Problem der sog. Regierungsakte wird meist im Zusammenhang mit den "justizfreien Hoheitsakten" behandelt¹⁴¹⁾, obwohl von verschiedenen Seiten zu Recht betont wird, daß es sich dabei um zwei, wenngleich verwandte, so doch verschiedene Begriffe handelt¹⁴²⁾. Die Frage der Justitiabilität der Regierungsakte kann hier dahingestellt bleiben. Darum ist es auch unerheblich, ob die Verleihung einer Auszeichnung ein Akt auf dem "Gebiet des Regierens"¹⁴³⁾ ist. Sicher ist jedenfalls, daß es sich um einen staatlichen Hoheitsakt zur Regelung eines einzelnen Falles handelt¹⁴⁴⁾. Würde die Aus-

139) Für die Monarchie muß aus diesem Grunde auch hinsichtlich des Mäzenatentums des Fürsten gelten, was die deutsche Staatsrechtslehre des ausgehenden 19. Jahrhunderts für die Orden erkannt hat: Sie waren nicht persönliche Gunsterweisungen des Monarchen, sondern Auszeichnungen von Staats wegen; vgl. Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht, 7. Auflage (erst-mals), S. 273 f., mit weiteren Nachweisen; ebenso R.v.Mohl, a.a.O. (132), S. 161 f. (zwar höchst persönliches Recht des Fürsten, aber "Belohnungsmittel des Staates").

140) Verwaltungsrecht I, S. 254.

141) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 466 ff., mit weiteren Nachweisen; vgl. auch Scheuner, Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, S. 255.

142) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 255; v.Turegg-Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 123; a.A. Eyer mann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42, RdNr. 37.

143) v.Turegg-Kraus, a.a.O. (142); ebenso van Husen, Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justizfreie Hoheitsakte? DVB1. 1953, S. 72.

144) Vgl. Geeb-Kirchner, Deutsche Orden und Ehrenzeichen, § 8 Arm. 1 - S. 62.

zeichnung verdienter Bürger zur Verwaltung im materiellen Sinne rechnen, so stünde nichts im Wege, die Verleihung als begünstigenden Verwaltungsakt zu qualifizieren¹⁴⁵⁾. Bezeichnenderweise wird auch die in § 4 des Gesetzes über Titel, Orden und Ehrenzeichen vorgesehene Entziehung des Titels oder der Auszeichnung als Verwaltungsakt angesehen¹⁴⁶⁾.

Die Verleihung eines staatlichen Kunstpreises entspricht in wesentlichen Punkten der Verleihung eines Titels oder Ordens. Allerdings ist zu bedenken, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, daß die Auswahl der Preisträger von einer unabhängigen Jury vorgenommen wird¹⁴⁷⁾. Die sachliche Entscheidung ist dem Preisgericht übertragen, an dessen Spruch die staatlichen Stellen gebunden sind. Rechtliche Außenwirkungen erlangt der Spruch jedoch erst mit der Bekanntgabe durch den zuständigen Minister, der den Preis dem Preisträger verleiht¹⁴⁸⁾. Man muß daher die Vergabe von staatlichen Kunstpreisen in Anlehnung an die Behandlung der gebundenen Verwaltungsakte¹⁴⁹⁾ als einen einzigen staatlichen Hoheitsakt

145) Der Bereich der Regierung ist dadurch bestimmt, daß er "in den Kreis der Politik fällt", "in dem der Staat sich und sein Wesen bestimmt und durchsetzt" (Smend, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform, in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für W. Kahl, S. 16; vgl. auch Scheuner, Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, S. 275 f.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 17 f.; van Husen, Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justizfreie Regierungsakte? DVBl. 1953, S. 71); Verwaltung dagegen ist spezielle technische Durchführung (Smend, a.a.O., S. 16 und 19; Scheuner, a.a.O., S. 266 f. und 275). Daher wird man wohl die Stiftung eines Ordens oder eines Kunstpreises als Regierungshandlung ansehen, die Verleihung im Einzelfall dagegen eher in den Bereich der Verwaltung verweisen müssen (a.A. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 254; van Husen, a.a.O., S. 72).

146) Vgl. Geeb-Kirchner, a.a.O. (144), § 4 Anm. 5 - S. 39.

147) Vgl. dazu unten, S. 212 ff.

148) Vgl. etwa Erlaß über den Deutschen Filmpreis v. 12.4.1963, GMBI. S. 188, Nr. VI 6: "Die nach den Vorschriften dieses Erlasses von dem Preisrichterausschuß zuerkannten Auszeichnungen werden durch den Bundesminister des Innern verkündet ... Ein Anspruch auf eine Auszeichnung wird erst mit dieser Verkündung begründet". Vgl. auch Nr. 13 der Richtlinien über die Verleihung des "Berliner Kunstpreises" v. 22.1.1963, AB1. S. 266; Art. 1 Abs. 2 des Erlasses betr. den Kunstpreis des Saarlandes v. 23.3.1959, AB1. S. 677 i.d.F. v. 13.7.1960 (nicht veröffentlicht).

149) Vgl. Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42, RdNr. 56; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 88 ff.

ansehen¹⁵⁰⁾. Das Votum, das die vom Staat berufene, der staatlichen Behördenorganisation aber nicht eingegliederte Jury fällt, wird dem Staat zugerechnet¹⁵¹⁾.

Die Verleihung eines staatlichen Kunstpreises ist daher ein Verwaltungsakt im Rahmen schlichter Hoheitsverwaltung. Die Stiftung dagegen ist ein Organisationakt im Bereich der Regierung.

5. Aufträge an Künstler

Der Staat erwirbt aufgrund von Kauf- oder Werkverträgen Kunstwerke für öffentliche Plätze, Gebäude, Verwaltungsbauten u. dgl. Er bedient sich der Formen des Privatrechts, um sich die sachlichen Mittel zu beschaffen, welche er zur Erfüllung der Aufgabe, die genannten Einrichtungen ansprechend und würdig zu gestalten, benötigt. Der Erwerb von Werken lebender Künstler - um den allein es hier geht - ist daher ein sog. privatrechtliches Hilfsgeschäft und also fiskalische Verwaltung¹⁵²⁾.

Daß die Rechtsfigur der fiskalischen Hilfstätigkeit indessen zwiespältig ist, zeigt sich auch hier. Die Anschaffung von Kunstwerken kann nur dann in den Kreis der staatlichen Kunstförderung einbezogen werden, wenn sie nicht nur als Bedarfsdeckung betrachtet wird. Vielmehr muß ein weiteres Merkmal hinzukommen: der Staat erwirbt diese Werke nicht allein zur Deckung eines angenommenen Bedarfes, sondern zugleich, um dadurch den betreffenden Künstler

150) Vgl. auch Kratzer, Gemeinsamer Verwaltungsakt von Bund und Land? BayVB1. 1958, S. 75; BVerwG, Urt. v. 10.7.1958, BayVB1. 1959, S. 88, mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von Kratzer; a.A. Friauf, Die behördliche Zustimmung zu Verwaltungsakten anderer Behörden, DÖV 1961, S. 671 ff.

151) Vgl. E.R. Huber, Zur Problematik des Kulturstaates, S. 15.

152) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 88; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 RdNr. 135; Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 466; Köttgen, Subventionen als Mittel öffentlicher Verwaltung, DÖV 1953, S. 485; Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Niedermeyer, S. 220 f.; Haas, Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl. 1960, S. 303; BGH, Urt. v. 26.10.1961, BGHZ 36, 91 = DVBl. 1962, S. 298 (mit Anmerkung von Zeidler) = JZ 1962, S. 176 (mit Anmerkung von Stern).

zu unterstützen. In den Untersuchungen zum Subventionsrecht wird solcher Erwerb grundsätzlich als Subvention angesehen¹⁵³⁾; Ipsen rechnet ihn zur sog. "Realförderung"¹⁵⁴⁾. Allerdings wird nur die bevorzugte Auftragserteilung berücksichtigt; verständlicherweise soll nicht jeder Kauf von wenigen Zentnern Kohle für das Finanzamt - um beim Schulbeispiel¹⁵⁵⁾ zu bleiben - oder von 100 Blatt Schreibpapier als Subventionierungsmaßnahme gewertet werden. Die Bevorzugung kann dabei wohl ebenso in der Quantität als in der Gestaltung der Vertragsbedingungen gesehen werden.

Bei der Anschaffung von Kunstwerken wird das Kriterium der Bevorzugung jedoch fragwürdig; denn es könnte sehr wohl jeder Auftrag an einen Künstler als Bevorzugung aufgefaßt werden, da der Staat hierbei nicht einen laufenden Bedarf deckt, sondern einen relativ seltenen. Darum könnte man jeden einzelnen Auftrag als Bevorzugung betrachten. Es besteht indessen kein Anlaß, diesen Gesichtspunkt bei der formalen Qualifizierung solcher Anschaffungen dahin zu berücksichtigen, daß es sich deswegen nicht mehr um privatrechtliche Hilfsgeschäfte handele. Dies umso weniger, als die grundsätzliche Grundrechtsbindung auch insoweit bereits bejaht worden ist¹⁵⁶⁾. Wir sehen deshalb den Erwerb von Kunstwerken durch die staatliche Verwaltung als fiskalische Tätigkeit an.

153) Vgl. Ipsen, a.a.O. (152), S. 504; Karl-Otto Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, S. 29; Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 560; a.A. Hamann, Zur Problematik des Subventionsrechts, DVBl. 1963, S. 492.

154) a.a.O. (152), S. 504.

155) Vgl. etwa Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 165.

156) Vgl. oben, S. 109 ff. (112 f.).

V i e r t e s K a p i t e l

DAS PROBLEM DER GESETZLICHEN ERMÄCHTIGUNG

I. D i e P r o b l e m l a g e

Staatliche Kunstförderung ist Leistungsverwaltung - soweit es sich eben überhaupt um Verwaltung handelt¹⁾. Das Fehlen gesetzlicher Regelung, das wir auf diesem Gebiet feststellen, nötigt zu der Frage nach der Geltung des Gesetzesvorbehalts.

1. Die traditionelle Vorbehaltslehre

Der Vorbehalt des Gesetzes, welcher zusammen mit dem Vorrang des Gesetzes den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ausmacht²⁾, verlangt in seiner überkommenen Form für alle Eingriffe der Exekutive in "Freiheit und Eigentum"³⁾ des Bürgers eine gesetzliche⁴⁾ Grundlage. Die Beschränkung des Vorbehalts auf den Bereich der Eingriffsverwaltung wird neuerdings in steigendem Masse als unbefriedigend angesehen⁵⁾ und eine Ausdehnung des Prinzips

1) Vgl. oben, S. 130 f.

2) Vgl. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 130 f.; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 88 und 122; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 135 ff.; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20, RdNr. 124 ff.; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 29 ff.

3) Vgl. dazu Jesch, a.a.O. (2), S. 117.

4) Während die Ermächtigung zu generellen abstrakten Anordnungen nur ein formelles Gesetz, einschließlich autonomer Satzungen, sein kann, können Einzelakte sich auch unmittelbar auf eine Rechtsverordnung, also erst mittelbar auf ein formelles Gesetz stützen; vgl. H.J. Wolff, a.a.O. (2), S. 139 f. Grundsätzlich wird auch eine gewohnheitsrechtliche Ermächtigung als ausreichend angesehen; vgl. H.J. Wolff, a.a.O.; Jesch, a.a.O. (2), S. 112 ff. und 234 ff.; umstritten ist allerdings die Bildung neuen Gewohnheitsrechts; vgl. Fleiner, a.a.O. (2), S. 83 ff.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 134 f.; Jesch, a.a.O.

5) Vgl. etwa Antoniolli, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 103 f.; Forsthoff, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 24.10.1956, DVBl. 1957, S. 724 f.; Ipsen, Die öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 464 f.; E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band, S. 59; Roos, Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen

auf alle Handlungen der Exekutive mit Ausnahme typischer Regierungsmaßnahmen⁶⁾ als verfassungsrechtlich geboten verlangt⁷⁾.

Die Problematik kann, auf der Gegenüberstellung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung aufbauend⁸⁾, nicht richtig erfaßt werden, weil diese Begriffe Bereiche verwaltender Staatstätigkeit bezeichnen, in denen die verschiedenartigsten Handlungen vorgenommen werden. Treffend markiert vielmehr die Unterscheidung von Belastung und Begünstigung den Ausgangspunkt⁹⁾. Daß begünstigende Akte für die Leistungsverwaltung, belastende Akte für die Eingriffsverwaltung typisch sind, versteht sich von selbst. Man muß jedoch sehen, daß es begünstigende Verwaltungsmaßnahmen schon immer auch in der klassischen Eingriffsverwaltung gegeben hat, so daß die Frage, ob der Vorbehalt des Gesetzes auch für Akte gilt, die nicht Eingriffe in Freiheit und Eigentum sind, nicht notwendig mit dem Tatbestand der "Verwaltung als Leistungsträger"¹⁰⁾ verknüpft ist.

Die klassische Verwaltungsrechtslehre geht davon aus, daß das verfassungsmäßige Gesetz "nur für gewisse besonders wichtige Gegenstände zur notwendigen Bedingung aller Staatstätigkeit gemacht" sei¹¹⁾. Und diese besonders wichtigen Gegenstände sind eben die Eingriffe in Freiheit und Eigentum¹²⁾. Warum nur sie? Otto Mayer¹³⁾ hat darauf mit entwaffnender Schlichtheit geantwortet: weil es

Recht, S. 130; Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch. 49, S. 139 f.; BVerfG, B. v. 6.5.1958, BVerfGE 8, 155 (166 f.); BVerwG, Urt. v. 23.1.1958, BVerwGE 6, 282 (287 f.); VGH Kassel, Urt. v. 29.11.1962, DVB1. 1963, S. 443 (449).

6) So zu Recht Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 205.

7) Vgl. Jesch, a.a.O. (6), S. 175 ff.; Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 130 ff., 133 und 136 f.; Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 41 f.; Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 183 ff.; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20 RdNr. 135 ff.; Menger, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 52, S. 196 ff.

8) So aber Maunz-Dürig, a.a.O. (7), RdNr. 129.

9) Vgl. Jesch, a.a.O. (6), S. 182 f.

10) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart 1938.

11) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, S. 69.

12) Vgl. Otto Mayer, a.a.O. (11), S. 69 ff. (71); Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 88; Hans Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung? in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, S. 207 f.

13) a.a.O. (11), S. 71.

"bestimmte Anschauungen (gibt) von dem, was nach allgemeinem konstitutionellen Staatsrechte zu dem so umhegten Rechtskreis gehören soll", der zwar durch die Grundrechte oder Freiheitsrechte bezeichnet sein kann, aber auch ohne verfassungsrechtliche Erwähnung sich von selbst versteht. Am Anfang steht die Überlegung, daß zwar die Justiz das Gesetz als die unerlöschliche Grundlage ihrer Tätigkeit benötige, daß aber die Verwaltungstätigkeit "nicht so abhängig gehalten werden" könne¹⁴⁾.

2. Ihre Grundlage

Jene "bestimmten Anschauungen", von denen Otto Mayer noch 1924 sprechen konnte, waren die Vorstellungen von einer eigenen ursprünglichen Gewalt der Exekutive, des Staates und von einem freien Raum der Gesellschaft¹⁵⁾, in welchen der Staat nur eingreifen konnte, wenn jene selbst die Grenzen durch ein Gesetz geöffnet hatte¹⁶⁾. In den Freiheitsbereich des Bürgers einzugreifen, setzte das formelle Gesetz im Sinne einer Einwilligung der Volksvertretung, der Repräsentanz des Bürgers, voraus. Der Eingriffsvorbehalt dient also der Freiheitssicherung gegenüber dem Staat¹⁷⁾. Er beruht auf jenem materiellen Gesetzesbegriff, der als Wesenselement des Gesetzes die Schrankenziehung zwischen Rechtssubjekten versteht¹⁸⁾, der auch als liberal-demokratischer Begriff insofern bezeichnet werden kann, als er vom Gedanken der Selbstregierung ausgeht: Über den Freiheitsbereich des Bürgers kann ohne seine Zustimmung nicht verfügt werden¹⁹⁾.

14) Otto Mayer, a.a.O. (11), S. 69.

15) Vgl. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 91; dazu Menger, Gesetz und Verwaltung, Bemerkungen zum gleichnamigen Buch von Dietrich Jesch, Der Staat 1, S. 362 f.

16) Vgl. dazu Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 122.

17) Vgl. Jesch, a.a.O. (15), S. 169; Mallmann, Schranken nicht-hoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 177; Rupp, Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVB1. 1959, S. 84 f.

18) So etwa Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 240; auch Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 2, S. 73 und 181, der Gesetz und Rechtssatz identifiziert und Recht als "Abgrenzung der Befugnisse und Pflichten der einzelnen Subjekte gegeneinander" definiert (S. 181); vgl. dazu Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 12.

19) Vgl. Jesch, a.a.O. (18), S. 106 ff. und 169 f., auch S. 26 ff. Thoma im Handbuch des deutschen Staatsrechts, Band II, S. 221 ff. (223) spricht vom "historisch-konventionellen Rechtssatz-

Dieser Vorbehalt des Gesetzes kann daher weder im Innenbereich des Staates, dem "rechtsfreien Raum" des besonderen Gewaltverhältnisses - das hier nicht weiter interessiert - noch für die staatliche Gewährung von Vorteilen gelten²⁰⁾. Denn durch begünstigende Maßnahmen wird die Freiheit vom Staat nicht berührt.

Weil der Vorbehalt des Gesetzes in der überlieferten Form auf diesen Grundlagen beruht, erscheint es richtig, dieses Prinzip "als Funktion der Verfassungsstruktur"²¹⁾ anzusehen. Das trifft sich mit dem Verständnis des Verwaltungsrechts als "konkretisiertem Verfassungsrecht"²²⁾. Der Wandel vom Verfassungsrecht der konstitutionellen Monarchie zur parlamentarischen Demokratie ist evident, und er hat auch die verwaltungsrechtlichen Grundsätze nicht unverändert fortbestehen lassen²³⁾.

II. Die Versuche zur Erweiterung des Gesetzesvorbehaltes

Entscheidend für die moderne Problematik des Gesetzmäßigkeitsprinzips ist die Veränderung im Verhältnis von Staat und Gesellschaft, daraus resultierend die neue Stellung von Legislative und Exekutive, die nicht mehr durch das Gegenüber der beiden eigenständigen Bereiche Volksvertretung und monarchische Exekutive

begriff des deutschen Verfassungsrechts". Vgl. auch Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961, S. 163 f.

20) Vgl. dazu auch Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 18 f.

21) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 66.

22) Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S. 527 ff. Vgl. dazu auch Zeidler, Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, Der Staat 1, S. 321.

23) Entgegen Otto Mayers, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, Vorwort zur 3. Auflage, bekanntem Satz: "Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht", der es ihm ermöglichte, 1924 festzustellen, daß "Groß Neues ja seit 1914 und 1917 nicht nachzutragen" sei. Vgl. dazu Menger, Gesetz und Verwaltung, Der Staat 1, S. 360 f.; Hans Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung? in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, S. 212; aber auch Imboden, a.a.O. (20), S. 11.

gekennzeichnet ist²⁴⁾. Vielmehr ist unter der Geltung des Grundgesetzes und der Länderverfassungen die Exekutive abhängig vom Parlament. Die Frage lautet nun: abhängig in welchem Umfang?

1. Die Argumentation vom demokratischen Prinzip aus

Jesch²⁵⁾ behauptet eine totale Abhängigkeit. Die Exekutive habe ihren souveränen Rang verloren und sei zur vollziehenden Gewalt im strengen Sinne des Wortes geworden. Sie habe ihre Handlungsfreiheit verloren, da keine Zuständigkeitsvermutung mehr für sie streite, und sei in allen Handlungsformen abhängig von einer parlamentarischen Ermächtigung, sofern ihr die Verfassung nicht selbst eine ausreichende Kompetenz zuweise. Da es an einer solchen für Leistungsgewährungen fehle, bedürfe die Verwaltung zu begünstigenden Einzelakten stets der parlamentarischen Ermächtigung²⁶⁾.

Ähnlich haben Spanner²⁷⁾, Mallmann²⁸⁾, Kenger²⁹⁾ und Franz Mayer³⁰⁾ aus dem Prinzip der parlamentarischen Demokratie die Notwendigkeit gesetzlicher Grundlagen auch für begünstigende Akte der Verwaltung gefolgert und nehmen daher die grundsätzliche Gültigkeit des Vorbehaltes auch für Begünstigungen an³¹⁾. Alle Autoren sind

24) Vgl. Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 177.

25) Gesetz und Verwaltung, insbes. S. 171.

26) a.a.O. (25), S. 205.

27) Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? 43. DJT Band I, 2. Teil A, S. 12 ff. (14 f.).

28) Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 185 ff.

29) Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 52, S. 197.

30) Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzlichen Ermächtigung, in: Festschrift für H. Nottarp, S. 193.

31) Ob man auch Zeidler, Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, Der Staat 1, S. 335, zu den Vertretern dieser Ansicht rechnen kann - so VGH Kassel, Urt. v. 29.11.1962, DVBl. 1963, S. 443 (446) - ist fraglich. Seine kurze Bemerkung gibt nicht genügend Aufschluß. Vgl. auch Zeidler, VVDStRL 19, S. 279 (Schlußwort, ablehnend gegenüber Mallmanns Thesen) und ders., Besprechung von: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, DÖV 1961, S. 760 (grundsätzlich zustimmend zu Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?).
Ule hat sich in drei Besprechungen (VerwArch. 52, S. 425 ff. (426 und 430), DVBl. 1962, S. 190 und 570) ohne nähere Begründung für die Bindung der gewährenden Verwaltung an das Erfordernis gesetzlicher Ermächtigung aus "demokratischen und rechts-

sich aber darin einig, daß "das Erfordernis gesteigerter, über die Organisations- und Kompetenzregelung hinausragender Gesetzesbindung" für die Leistungsverwaltung nicht in ihrem vollen Umfang gilt³²⁾. Worauf das im einzelnen hinausläuft, mag zunächst offen bleiben. Entscheidend und darum nunmehr zu untersuchen ist die Frage, ob die These vom totalen Vorbehalt des Gesetzes richtig ist. Das geschieht im wesentlichen in Auseinandersetzung mit den von Jesch³³⁾ erarbeiteten Ergebnissen; danach sind die von anderer Seite vorgetragenen weiteren Gesichtspunkte ergänzend einzubeziehen.

a) Das Verhältnis von Parlament und Exekutive (Jesch)

Ausgangspunkt der Argumentation vom parlamentarisch-demokratischen Prinzip aus ist die Behauptung, die Exekutive sei "zur vollziehenden Gewalt im strengen Sinne des Wortes" geworden, der das Parlament "die erforderlichen Befugnisse zum Handeln, die sie ohne die gesetzliche Ermächtigung nicht"³⁴⁾ habe, überträgt³⁵⁾. Gerade diesen Ausgangspunkt aber hat Jesch nicht bewiesen.

Man wird anerkennen müssen, daß seine methodische Hypothese: "das Gesetzmäßigkeitsprinzip ist eine Funktion der Verfassungsstruktur"³⁶⁾

staatlichen Gesichtspunkten" ausgesprochen. Ähnlich beiläufig Bogs, Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, 43. DJT II G, S. 25 (unter Berufung auf Spanner) und Roos, Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, S. 130 ff.

- 32) Mallmann, a.a.O. (28), S. 190. Vgl. Spanner, a.a.O. (27), S.14: "Bindung an das Gesetz bei belastenden Akten der Verwaltung wesentlich enger ... als bei begünstigenden Akten"; Menger, a.a.O. (29), S. 198: "Man geriete also in einem bestimmten Handlungsbereich in die Gefahr, das 'fiat iustitia pereat mundus' nicht mehr vermeiden zu können, wollte man auch in diesem Handlungsbereich eine strikte Bindung der Verwaltung an eine positive Gesetzmäßigkeit verlangen". Franz Mayer, a.a.O. (30), S. 194, spricht zurückhaltender davon, daß "dem Erfordernis der bestimmten gesetzlichen Ermächtigung ... selbst allgemeiner gehaltene, atypische Ermächtigungen" gerecht werden.
- 33) Gesetz und Verwaltung, 1961.
- 34) Jesch, a.a.O. (33), S. 171.
- 35) Auf die Schlüsselstellung dieser "weitreichenden" These für die dogmatischen Ergebnisse von Jesch hat Menger, Gesetz und Verwaltung, Bemerkungen zum gleichnamigen Buch von Dietrich Jesch, Der Staat 1, S. 364, mit Recht hingewiesen.
- 36) a.a.O. (33), S. 66.

als richtig nachgewiesen ist. Daß die Verfassungsstruktur der konstitutionellen Monarchie richtig dargestellt ist, wird im Anschluß an Menger³⁷⁾ angenommen. Zweifelhaft aber erscheint, ob das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Verwaltung "sicher richtig gesehen"³⁸⁾ ist. Jesch behauptet die durch das Grundgesetz festgelegte totale Abhängigkeit der Verwaltung vom Parlament. Zwar sei die vollziehende Gewalt im Gewaltenteilungssystem des Grundgesetzes nicht auf den Gesetzesvollzug beschränkt, sondern schließe auch den unmittelbaren Verfassungsvollzug ein³⁹⁾, aber eine verfassungsrechtliche Handlungskompetenz bestehe nur dort, wo es um echte politische Entscheidungen auf Regierungsebene gehe⁴⁰⁾. Die Eigenständigkeit der Exekutive, die man ja nicht völlig leugnen kann, ohne der Gewaltenteilung ihren Sinn zu nehmen, beschränkt Jesch also auf die Regierungsfunktion⁴¹⁾.

Die Kompetenzen der Exekutive fließen "allein aus der Verfassung selbst"⁴²⁾. Jesch muß also nachweisen, daß das Grundgesetz, abgesehen von der Regierungsfunktion, nur eine vollziehende Gewalt geschaffen hat, der jede rechtliche Eigenständigkeit fehlt. Er baut seine Beweisführung auf der Rangabstufung der drei Gewalten auf, die über die Grundstruktur der Verfassung entscheide⁴³⁾. Von daher führt aber kein direkter Weg zu den Ergebnissen der Untersuchung. Das Parlament ist zwar als Gesetzgeber und Kurations- und Kontrollorgan für die Regierung⁴⁴⁾ das höchste Staatsorgan⁴⁵⁾, aber daraus folgt nicht, daß nach dem Grundgesetz "die Rechtssetzung des modernen Parlamentes ... gegenüber der Exekutive kon-

37) a.a.O. (35), S. 362 f.

38) Menger, a.a.O. (35), S. 363.

39) a.a.O. (33), S. 93.

40) a.a.O. (33), S. 171. Vgl. hierzu auch Scheuner, Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, S. 253 ff.

41) Im Grunde ist diese Einschränkung seiner These nicht recht überzeugend. Mit der nach h.L. fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit parlamentarischer Beschlüsse, die nicht in Gesetzesform ergehen, läßt sich das nur unvollkommen begründen; denn solche Beschlüsse könnten theoretisch auch in Gesetzesform ergehen. Dann bliebe als echte Regierungsfunktion nur die Versagung der Zustimmung zu ausgaben erhöhenden Parlamentsbeschlüssen nach Art. 113 GG.

42) a.a.O. (33), S. 98.

43) a.a.O. (33), S. 93.

44) a.a.O. (33), S. 95.

45) a.a.O. (33), S. 99.

stitutionell unbeschränkt" ist⁴⁶⁾. Vielmehr läßt sich aus dem Wandel der Verfassung auch der umgekehrte Schluß, nämlich auf eine gewisse Eigenständigkeit der Verwaltung⁴⁷⁾, ableiten. Jesch hat das fehlende Glied seiner Beweiskette nicht geliefert. Die Suche danach, auf die nicht verzichtet werden kann, wird zeigen, daß es das Ergebnis in sein Gegenteil verkehrt.

Um von Jeschs Voraussetzungen zu seinen Ergebnissen, die Bindung jeglichen Handelns der Verwaltung an eine parlamentarische Ermächtigung, zu gelangen, bedürfte es eines Verfassungsrechtssatzes, der etwa besagte: Demokratische Legitimation der Verwaltungstätigkeit erfolgt durch das Parlament. Ein solcher Satz müßte dann in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG: "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus", enthalten sein, denn er könnte nur als Ausfluß des demokratischen Prinzips existieren. Daß das Grundgesetz stets von "vollziehender Gewalt" spricht, wenn es die Verwaltung meint⁴⁸⁾, besagt nach richtiger Ansicht nicht eo ipso, daß die Exekutive nur im strengen Sinne gesetzesausführende Tätigkeit sei⁴⁹⁾. Die in Art. 20 Abs. 3 GG normierte Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht bedeutet die verfassungsrechtliche Fixierung des sog. Vorranges des Gesetzes, nicht jedoch, jedenfalls nicht unmittelbar, des Vorbehaltes⁵⁰⁾. Ob sich das Prinzip des Vorbehaltes aus der verfassungsmäßigen Ordnung ergibt, wie Maunz-Dürig⁵¹⁾ meinen, ist eben die zu untersuchende Frage.

46) a.a.O. (33), S. 93. Vgl. hierzu auch Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 94.

47) Vgl. Bullinger, a.a.O. (46), S. 93 f.; VGH Kassel, Urt. v. 29.11.1962, DVBl. 1963, S. 443 (446 f.).

48) Vgl. Art. 1 Abs. 3; 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG. In Art. 1 Abs. 3 GG hieß es bis zum Verfassungsänderungsgesetz v. 19.3.1956 (BGBl. I, S. 111) allerdings "Verwaltung".

49) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20, RdNr. 85. A.A. Hamann, Das Grundgesetz, Einführung I D 7c - S. 50 ff. Wie hier auch Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung? 4n: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, S. 211 und 213 Anm.1; Franz Mayer, Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzlichen Ermächtigung, in: Festschrift für H. Nottarp, S. 193 f.

50) Vgl. Maunz-Dürig, a.a.O. (49), RdNr. 128; Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 182; Gröpl, Gesetzesfreie Verwaltung und Grundgesetz, BayVBl. 1962, S. 193; VGH Kassel, Urt. v. 29.11.1962, DVBl. 1963, S. 443 (446 f.); OVG Münster, Urt. v. 30.4.1963, DVBl. 1963, S. 860.

51) a.a.O. (49), RdNr. 128, allerdings nur für "Vollzugsakte".

Aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, wie er durch die Normierung des Rechtsstaates im Grundgesetz⁵²⁾ mitgegeben ist⁵³⁾, läßt sich der gesuchte Satz nicht herleiten⁵⁴⁾. Die in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG fixierte Dreiteilung der Ausübung der Staatsgewalt, Gewaltenehemmung durch Trennung und wechselseitige Kontrolle, erfährt ihre nähere Ausgestaltung durch die konkrete Verfassungsordnung. Als politisches Prinzip, für sich allein genommen, gestattet sie kaum normative Aussagen - für unsere Problematik umso weniger, als sie an sich im Widerspruch steht zum parlamentarisch-demokratischen System⁵⁵⁾. Dieses gerade aber könnte nur begründen, daß die Verwaltung allein auf der Grundlage spezieller parlamentarischer Ermächtigung tätig werden kann.

b) Kritik: Die verfassungsrechtliche Ermächtigung der Exekutive

Soll diese Folgerung als demokratisch notwendig nachgewiesen werden, so muß zunächst vorausgesetzt werden, daß das Volk als Träger der Staatsgewalt durch das Parlament vertreten wird und nur durch dieses seine Herrschaftsgewalt wahrnimmt. Zugleich aber muß man annehmen, daß die Exekutive nicht ermächtigt ist, die Staatsgewalt zu betätigen, sondern dazu in jedem Einzelfall erst durch das Parlament legitimiert wird. Damit wird aber Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG entleert; denn er bestimmt, daß die Staatsgewalt vom Volke durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Das Grundgesetz erteilt also der Exekutive einen Auftrag und legitimiert sie als eine eigene

52) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20 Anm. IV, S.22, vor RdNr. 58.

53) Vgl. Maunz-Dürig, a.a.O. (52), RdNr. 74.

54) Anders: Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Band 1, S. 18, der aus dem Prinzip der Gewaltentrennung den Grundsatz der "formellen Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" ableitet. Vgl. dazu Hans Peters, a.a.O. (49), S. 207; Gröpl, a.a.O. (50), S. 193 f.

55) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20, RdNr. 80; Roos, Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, S. 120. - Die Macht der vollziehenden Gewalt ist schon in der theoretischen Begründung der Gewaltenteilungslehre überaus stark geblieben, weil sie als ausführende Gewalt angesehen wurde, die per se im Rahmen des Gesetzes gehalten sei (vgl. Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 7) - im Grunde wohl eine reichlich utopische Annahme (vgl. auch Roos, a.a.O., S. 123).

demokratische Institution⁵⁶⁾.

aa) Die mittelbare demokratische Legitimation der Exekutive

Zwei Erwägungen stützen diese These: Die Spitze der hierarchisch aufgebauten Exekutive wird durch das Parlament eingesetzt und kontrolliert⁵⁷⁾. Die Verwaltung im demokratischen Staat des Grundgesetzes ist also nicht als ein Überbleibsel nichtdemokratischer Vergangenheit existent⁵⁸⁾, verfügt über kein "Hausgut"⁵⁹⁾ und keine "rechtsfreien Räume"⁶⁰⁾ mehr. Die Abhängigkeit der Exekutive vom Willen des Parlaments verschafft ihr eine wenigstens mittelbare demokratische Legitimation⁶¹⁾. Diesen Gedanken übersehen die Befürworter des umfassenden Vorbehalts des Gesetzes, die sich auf das demokratische Argument stützen. Ihre Beweisführung richtet sich im Grunde genommen immer noch gegen eine monarchische Exekutive. Sie stellen einen Wandel der Verfassungsstruktur fest, die Abhängigkeit der Exekutive vom Parlament, die Souveränität des Staatsvolkes, und fordern dann die totale Gesetzesbindung der Exekutive, um sie demokratisch zu legitimieren. Dabei lassen sie aber außer acht, daß die Exekutive unter dem Grundgesetz schon

56) Vgl. Hans Peters, a.a.O. (49), S. 214; Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff", S. 50; VGH Kassel, a.a.O. (50); vgl. auch Hesse, Der unitarische Bundesstaat, S. 28; v.Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem. zum VIII. Abschnitt, S. 446 Ziff. 3.

57) Vgl. Hans Peters, a.a.O. (49), S. 209.

58) Vgl. dazu Lassar, Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung, JÖR XIV, S. 25: "Hielte man sich lediglich an die Verfassungsbestimmungen, so würde man zu dem Schluß gelangen, daß die Verwaltung seit der Einführung des parlamentarischen Systems dem Reichstag völlig untergeordnet ist und ihre alte Macht verloren hat. Diese Auffassung würde aber der Wirklichkeit nicht gerecht".

59) Vgl. Thoma, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, S. 228.

60) Vgl. etwa Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 13.

61) Vgl. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 94; ähnlich auch Hans Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung? in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, S. 212; Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961, S. 163 Anm. 15; VGH Kassel, Urt. v. 29.11.1962, DVBl. 1963, S. 443 (446).

durch ihre Entstehung demokratisch legitimiert ist⁶²⁾. Diese Verfassung setzt, anders als die Verfassungen des 19. Jahrhunderts, den Staat, die in der Exekutive verkörperte Staatsmacht, nicht voraus⁶³⁾.

bb) Verfassungsauftrag an eine funktionsfähige Exekutive

Als weiteres: Die Verfassung hat die Exekutive als eine Funktion der Staatsgewalt eigenen Organen übertragen. Ihre verfassungsmäßige Aufgabe ist das, was man im Wege des üblichen Subtraktionsverfahrens⁶⁴⁾ - Verwaltung ist alle Staatstätigkeit, die nicht Gesetzgebung oder Rechtsprechung ist - zur Verwaltung rechnet. Die Exekutive kann vom Grundgesetz nur als eine funktionsfähige eingesetzt sein. Sie bei jeder Tätigkeit auf den Vollzug von Gesetzen zu beschränken, bedeutet offenbar im modernen Sozialstaat eine bedenkliche Verminderung ihrer Handlungsfähigkeit⁶⁵⁾. Bisher fehlt der Beweis dafür, daß das Grundgesetz diese Folge auch nur in Kauf genommen hätte.

Mit dem Argument, die Verwaltung müsse funktionsfähig bleiben, kann man allerdings mehr oder weniger alles stützen; insofern ist gewiß Vorsicht am Platz. Hier darf diese Erwägung jedoch nicht übersehen werden. Die Vertreter der neuen Auffassung vom umfassenden Vorbehalt des Gesetzes geraten stets in beträchtliche Schwierigkeiten, wenn sie sich Rechenschaft geben über die Auswirkung ihrer These⁶⁶⁾. Die vorgeschlagenen Auswege bedeuten ent-

62) Menger, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 52, S. 198, allerdings hat dies nicht übersehen: Durch die Einsetzung einer von den übrigen Staatsfunktionen gesonderten Verwaltung habe das Volk dieser eine Ermächtigung gegeben. Er beschränkt diese Ermächtigung indes auf den Bereich, der sich gesetzlicher Normierung entziehe.

63) Vgl. Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 185; Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 132.

64) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20, RdNr. 85. Kritisch zu diesem Verfahren Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 4 ff.

65) Vgl. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 95; Lerche, Bundestagsbeschlüsse ohne Gesetzesbefehl über Subventionen, NJW 1961, S. 1759; Mallmann, a.a.O. (63), S. 179; Franz Mayer, Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzlichen Ermächtigung, in: Festschrift für H. Nottarp, S. 194; Menger, a.a.O. (62); Hans Peters, a.a.O. (61), S. 215 ff.

66) Darauf hat Bullinger, a.a.O. (65), hingewiesen.

weder eine weitgehende Durchlöcherung des neuen Grundsatzes⁶⁷⁾, oder sie sind ungenügend, so daß sie ihren Zweck nur unvollkommen erreichen⁶⁸⁾. Dann bleibt es dabei, daß die Probleme des Sozialstaates mit einer Verwaltung gelöst werden müssen, die von sich aus nicht initiativ werden darf, sondern die parlamentarische Ermächtigung abzuwarten hat⁶⁹⁾. Weil die Parlamente aber schon heute - unter der praktischen Geltung des bloßen Eingriffsvorbehaltes - überfordert zu sein scheinen⁷⁰⁾, weiß man nicht recht, wohin jene angeblich so moderne demokratische Theorie führen würde.

Hier soll nicht der Gesichtspunkt der Praktikabilität als schlechthin durchschlagend gewertet werden. Was verfassungsrechtlich gefordert ist, darf nicht wegen praktischer Schwierigkeiten abgelehnt werden, allenfalls in echten Grenzsituationen des Rechtslebens. Dagegen erscheint es richtig, die Ergebnisse verfassungsrechtlicher Untersuchungen daraufhin zu betrachten, welchen Wert die Verfassung der praktischen Funktionsfähigkeit der von ihr eingesetzten Organe der Staatsgewalt beilegt.

Hat demnach die Exekutive einen eigenen Verfassungsauftrag zu erfüllen, der ihr Handeln zwar an das Gesetz bindet, nicht aber stets von einem Gesetz oder einer parlamentarischen Ermächtigung abhängt.

-
- 67) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 234 ff., hilft sich mit gewohnheitsrechtlichen Ermächtigungen, die er für eine Übergangszeit fortgelten lassen will. Mallmann, a.a.O. (63), S. 188 ff., begnügt sich im Bereich der Leistungsverwaltung, soweit sie gestaltend in die Sozialordnung eingreift, mit der "Bindung an allgemeine Grundsätze und Grenzziehungen" (S. 193), im übrigen mit Kompetenzregeln und Etatpositionen (S. 188). Menger, a.a.O. (62), S. 198, will im Bereich der "Gefahrenabwehr im weitesten, nicht technisch gemeinten Sinne" auf die ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung verzichten. Spanner, Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? 43. DJT Band I, 2. Teil A, S. 14, hält sich an die Ausführung organisatorischer Normen, in denen die Tätigkeit materiell nicht "geregelt sein kann".
- 68) Etwa Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961, S. 161 ff., der ebenso wie Hamann, Das Grundgesetz, Einführung D 7c - S. 50 ff., das Problem offenbar nicht erkennt.
- 69) Vgl. dazu Bullinger, a.a.O. (65), S. 96.
- 70) Vgl. etwa Hans Peters, Die Wandlungen der öffentlichen Verwaltung in der neuesten Zeit, S. 21; Scheuner, Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit, DÖV 1960, S. 601 ff.; Hans Schneider, Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, NJW 1962, S. 1275.

gig macht⁷¹⁾, so versagt die Argumentation von Jesch im entscheidenden Punkt. Die Überordnung des Parlaments nach dem Grundgesetz⁷²⁾ beweist nicht, daß die Verwaltung nur handeln darf, wenn und soweit sie dazu vom Parlament ermächtigt ist.

c) Die übrigen Vertreter dieser Beweisführung

Neben Jeschs eingehender Untersuchung haben die ebenfalls auf das demokratische Argument gestützten Thesen von Spanner⁷³⁾, Mallmann⁷⁴⁾, Menger⁷⁵⁾ und Franz Mayer⁷⁶⁾ kaum eigenständige Bedeutung. Spanner fordert "die Geltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit auch für begünstigende Verwaltungsakte, da nur hierdurch einerseits die Herrschaft des auf demokratischem Weg durch die Volksvertretung beschlossenen Gesetzes im Gesamtbereich der Verwaltung gesichert ist und andererseits Verletzungen des Gleichheitsgrundsatzes durch Ungleichheiten beim Erlaß begünstigender Verwaltungsakte ausgeschlossen werden"⁷⁷⁾. Unklar bleibt, ob Spanner den Vorrang oder den Vorbehalt des Gesetzes meint; er läßt im Grunde sogar offen, ob er eine Forderung de lege lata oder de lege ferenda aufstellt⁷⁸⁾.

Mallmann behauptet den Gesetzesvorbehalt für die Leistungsverwaltung, soweit sie auf die existentielle Situation des Bürgers einwirkt und damit auch seinen Rechtsstatus berührt, weil die Entscheidung im Widerstreit vielfältiger Einzel- und Gruppeninteressen nur dem Parlament zustehe⁷⁹⁾. Das ist wiederum jenes Argument,

71) Vgl. VGH Kassel, Urt v. 29.11.1962, DVBl.1963, S.443 (447).

72) Ob man auch in der politischen Wirklichkeit in gleichem Maße von einer übergeordneten Stellung des Parlaments sprechen kann, dürfte unter mancherlei Gesichtspunkten fraglich sein; vgl. etwa Menger, Gesetz und Verwaltung, Der Staat 1, S. 363.

73) Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? 43. DJT Band I, 2. Teil A, S. 14 f.

74) Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 185 ff.

75) Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 52, S. 196 ff.

76) Das verfassungsrechtliche Gebot gesetzlicher Ermächtigung, in: Festschrift für H. Nottarp, S. 193.

77) a.a.O. (73), S. 15.

78) Die Formulierung "Die Geltung muß gefordert werden" ist insoweit mehrdeutig.

79) a.a.O. (74), S. 192.

daß die Exekutive nur noch eine vollziehende Funktion habe - wie wir sahen, im Rahmen dieser Beweisführung eine *petitio principii*. Sie findet sich auch bei Menger, allerdings versteckter, weil seine Anmerkungen zum Problem des Vorbehalts differenzierter sind. Die Verwaltung sei durch die Verfassung ausdrücklich keine generell selbständige Macht zum Handeln übertragen. Da die Exekutive in der Demokratie des Grundgesetzes auch nicht mit der Volksmacht identifiziert werden könne, bedürfe sie also der Handlungsermächtigung durch das Parlament⁸⁰⁾. Auf eine Identifikation kommt es infolgedessen nicht an; entscheidend ist vielmehr, ob die Verwaltung nach der Verfassung, die sich das Volk gegeben hat, demokratisch legitimiert ist. Menger hat dies für den Fall bejaht, daß eine Materie vom Gesetzgeber nicht (rechtzeitig) geregelt werden könne⁸¹⁾. In diesen Fällen sogenannter "Gefahrenabwehr" ist nach seiner Ansicht die Ermächtigung dadurch gegeben, daß das Volk sich "für den gewaltentrennenden Rechtsstaat mit einer neben den übrigen Staatsfunktionen stehenden gesonderten Verwaltungsfunktion entschied"⁸²⁾. Die Beschränkung auf diese Fälle rührt daher, daß Menger, um den Konsequenzen seiner Theorie zu entgehen, zu einer Art Notwehrrecht der Exekutive Zuflucht nimmt. Das überzeugt nicht. Der Gedanke, daß die Verfassung des gewaltentrennenden Rechtsstaats auch der Exekutive eine eigene Handlungsvollmacht verliehen hat, kann nicht auf die Fälle der Gefahrenabwehr beschränkt sein, es sei denn, man sieht überall eine Gefahr, wo gesetzliche Regeln fehlen. Letztlich bleibt auch Menger die Antwort schuldig auf die Frage, warum die Verwaltung stets parlamentarischer Ermächtigung bedürfe; denn aus dem Prinzip der parlamentarischen Demokratie läßt es sich eben nicht folgern.

Franz Mayer sieht das Gesetzmäßigkeitsprinzip als Ausfluß des Gewaltenteilungsgrundsatzes⁸³⁾. Dieses enthält neben dem Element der Verselbständigung und Trennung der Gewalten auch ein Element der

80) a.a.O. (75), S. 197. Vgl. auch Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 8. A.A. die in Deutschland herrschende Meinung; vgl. etwa Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20 RdNr. 124; Mallmann, a.a.O. (74), S. 183.

81) a.a.O. (75), S. 198.

82) a.a.O. (75), S. 198.

83) a.a.O. (76), S. 192 f.

Bindung, weil die Akte der gesetzgebenden Gewalt Verwaltung (und Justiz) binden. Sei aber das Gesetzmäßigkeitsprinzip nicht die Folge eines allgemeinen Freiheitspostulats, sondern eben aus der Gewaltentrennung abgeleitet, so könne es nicht auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum beschränkt werden; das Prinzip beanspruche vielmehr Geltung für die gesamte Verwaltung, soweit sie rechtlich verbindliche Entscheidungen zu treffen habe. Mayer verlegt den Dreh- und Angelpunkt seiner Argumentation in die Interpretation des Gewaltenteilungsprinzips. Es kann hier offen bleiben, ob das berechtigt ist. Auch von Mayers Prämisse aus bleibt nämlich unerfindlich, wie aus der Bindung der Exekutive an das Gesetz der weitgehende Vorbehalt des Gesetzes wird. Das Ergebnis läuft doch wieder auf den absoluten Vorrang des Parlaments hinaus⁸⁴⁾. Von hier aber spannt sich keine Brücke zum Ufer des totalen Vorbehalts; sie bedürfte des Zwischenpfeilers, den auch Mayer nicht baut. Daß die Verwaltung an Gesetz und Recht gebunden ist, besagt nicht, daß sie auch stets der gesetzlichen Grundlage zum Handeln bedarf.

2. Die Argumentation vom sozialen Rechtsstaat aus

Neben dem demokratischen Argument dienen rechts- und sozialstaatliche Erwägungen den Verfechtern des erweiterten Gesetzesvorbehalts zur Begründung ihrer These, und zwar werden sie häufiger gebraucht als jene⁸⁵⁾. Mit diesen Überlegungen müssen wir uns nunmehr auseinandersetzen, um dann, diesen Teil abschließend, den eigenen Standpunkt zu präzisieren. Es wird sich zeigen, daß aus dem Prinzip des Rechtsstaates und Sozialstaates, ungeachtet seiner häufigen Heranziehung, weniger gewichtige Bedenken gegen den Grundsatz der herrschenden Lehre folgen als aus der parlamentarisch-demokratischen Struktur unseres Staates.

a) Der Ansatzpunkt der neueren Versuche

Versucht man, die zahlreichen Stimmen rechts- und sozialstaatli-

84) Vgl. a.a.O. (76), S. 193.

85) Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 179, hat darauf hingewiesen, daß das demokratische Prinzip bis dato nur höchst selten zum Ausgangspunkt der Überlegungen um das Gesetzmäßigkeitsprinzip gemacht worden ist.

cher Argumentation⁸⁶⁾ auf einen Nenner zu bringen, so lautet er, vereinfacht wiedergegeben, etwa folgendermaßen⁸⁷⁾: Die Exekutive übt im modernen Sozialstaat Macht aus nicht nur durch Eingriffe in Freiheit und Eigentum, sondern auch durch die Gewährung von Leistungen und Vorteilen, auf die der Einzelne existenznotwendig angewiesen ist⁸⁸⁾. Diese Abhängigkeit bedeutet eine Beeinträchtigung seiner Freiheit. Aber nicht nur die Verweigerung solcher Leistungen wirkt sich als ein Eingriff aus, den gleichen Effekt hat die einseitige Unterstützung eines Konkurrenten im Wirtschaftsleben, dessen Subventionierung die Wettbewerbslage zuungunsten Dritter verändert⁸⁹⁾.

b) Das Sozialstaatsprinzip

Diese Argumentation hält sich im Grunde innerhalb des Rahmens, den die traditionelle Lehre dem Vorbehalt des Gesetzes gegeben hat; denn sie versucht lediglich nachzuweisen, daß es sich auch bei Versagung von Leistungen oder bei Bewilligung von Leistungen an Dritte um Eingriffe in Freiheit und Eigentum handelt. Wenn darüber hinaus betont wird, die zu solchen Maßnahmen erforderliche Interessenabwägung sei ebenso Sache des Gesetzgebers wie die Verwirklichung der Prinzipien von Gleichheit und Gerechtigkeit⁹⁰⁾, so steckt

-
- 86) Vgl. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. 63; Bogs, Die Einwirkungen verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, 43. DJT Band II G, S. 24 f.; Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 41 f.; Mallmann, a.a.O. (85), S. 183 ff. und 190 ff.; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20 RdNr. 129 und 135; Rupp, Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVBl. 1959, S. 84 f.; Spanner, Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? 43. DJT Band I, 2. Teil A, S. 6 ff.; Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 521 ff.
- 87) Vgl. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 95 f.
- 88) So etwa Bachof, a.a.O. (86), S. 56, 58 und 63 f.; Mallmann, a.a.O. (85), S. 191; Rupp, a.a.O. (86); Stern, a.a.O. (86), S. 518 ff. und 557 ff.; vgl. auch Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77, S. 220.
- 89) Vgl. Imboden, a.a.O. (86), S. 42; Maunz-Dürig, a.a.O. (86), RdNr. 135; Bogs, a.a.O. (86); sehr weitgehend Obermayer, Anmerkung zum Urteil des OVG Hamburg v. 29.5.1958, DöV 1959, S. 267 f.
- 90) So etwa Mallmann, a.a.O. (85), S. 192 f.; Spanner, a.a.O. (86), S. 11.

hierin im wesentlichen ein Element des demokratischen Prinzips, nämlich die behauptete Abhängigkeit des Verwaltungshandelns von der parlamentarischen Ermächtigung⁹¹⁾. Die sozialstaatliche Komponente dagegen liegt darin, daß dem Bürger Rechtsansprüche auf bestimmte Leistungen eingeräumt werden müßten, damit er nicht zum Almosenempfänger degradiert werde⁹²⁾.

c) Kritik: Mangelnde Schlüssigkeit der Argumentation

Verfolgen wir zunächst diesen Gedanken. Unzweifelhaft ist die Entscheidung für den Sozialstaat "eine Grundentscheidung unserer Verfassung"⁹³⁾. Ungeachtet der noch immer fehlenden Eindeutigkeit des Begriffes "sozial"⁹⁴⁾ wird man der Sozialstaatsklausel die Abkehr vom bürgerlichen Rechtsstaat, der die Sozialordnung als gegeben hinnahm, und die Entfaltung des "status positivus socialis" entnehmen können⁹⁵⁾. Wenn man die Begrenzung des Gesetzesvorbehaltes auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum als eine "eng auf den bürgerlichen Rechtsstaat zugeschnittene Formel"⁹⁶⁾ betrachtet, entstehungsgeschichtlich zu Recht, so folgt aus dem Sozialstaatsgebot, daß ihre "starre Konservierung"⁹⁷⁾ unzulässig ist. Mehr nicht.

Die weitere Entfaltung der Grundsätze des sozialen Rechtsstaates ergibt nach der frühzeitig entwickelten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, daß sich das Sozialstaatsgebot "nicht in der

91) Das wird bei Mallmann, a.a.O. (85), S. 191 ff., deutlich, der den rechtsstaatlichen Blickpunkt - zu Recht - nicht für ausreichend hält. Ähnlich auch Stern, Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat, DÖV 1961, S. 328, insoweit seine früheren Thesen (a.a.O. (86)) fortführend. Das scheint Bullinger, a.a.O. (87), bei der Skizzierung der gegnerischen Ansichten zu übersehen.

92) Vgl. Bachof, a.a.O. (86), S. 58; Bogs, a.a.O. (86), S. 26 f.; Mallmann, a.a.O. (85), S. 191; Rupp, a.a.O. (86), S. 84 f.

93) Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 184; Bogs, Die Einwirkungen verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, 43. DJT Band II G, S. 11; BVerfG, Urt. v. 16.1.1957, BVerfGE 6, 32 (41).

94) Vgl. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. 39; Bogs, a.a.O. (93), S. 5 und 11; Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. 23 ff.; v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 20 Anm. VII 2; vgl. auch die Übersicht bei Gerber, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR 81, S. 5 ff.

95) Vgl. Mallmann, a.a.O. (93); Bachof, a.a.O. (94), S. 38.

96) Mallmann, a.a.O. (93).

97) Mallmann, a.a.O. (93).

Gewährung von materiellen Leistungen" erschöpft, "sondern verlangt, daß die Teilnehmer der Gemeinschaft als Träger eigener Rechte anerkannt werden"⁹⁸⁾. Die Beziehungen des Bürgers zum Staat müssen grundsätzlich solche des Rechts sein⁹⁹⁾.

Wie führt von hier ein Weg zum Vorbehalt des Gesetzes für die Nichteingriffsverwaltung? Daß eine unreflektierte Übernahme der "Freiheit und Eigentum"-Klausel angesichts der gewandelten Verfassungssituation unzulässig ist, wird man schwerlich bestreiten können. Aber damit ist noch gar nichts ausgesagt über das Ergebnis ihrer Überprüfung. Der Bürger des sozialen Rechtsstaates ist nicht mehr Objekt der Verwaltung. Da der Staat des Grundgesetzes als Ganzes rechtlich verfaßt ist, gibt es in der Tat auch keine rechtsfreien Beziehungen zwischen Exekutive und dem Einzelnen mehr¹⁰⁰⁾. Die Verwaltung ist an die Grundrechte gebunden, die dem Bürger Individualrechte gegen die Staatsgewalt geben. Das ist der entscheidende Gedanke des Bundesverwaltungsgerichts im Fürsorgerechts-Urteil¹⁰¹⁾. Er nötigt jedoch nicht von selbst zu dem weiteren Schritt, den Rupp tut, indem er behauptet, daß erst das die Verwaltung verpflichtende Gesetz die Beziehungen des Staatsbürgers zum Staat zu solchen des Rechts mache¹⁰²⁾. Hier ist übersehen, daß dem Staatsbürger bereits durch die Verfassung unmittelbar wirkende Rechte gewährt sind.

Die Forderung nach der gesetzlichen Grundlage für die gewährende Verwaltung läßt sich aus dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip nicht als verfassungsrechtlich geboten herleiten. Das wird in den Untersuchungen von Mallmann¹⁰³⁾ und Spanner¹⁰⁴⁾, die beide dieses Ziel anstreben, sehr deutlich: sie rekurrieren letztlich auf die These, zur Entscheidung der rechtsstaatlichen Probleme des Sozialstaates

98) BVerwG, Urt. v. 24.6.1954, BVerwGE 1, 159 (162).

99) BVerwG, a.a.O. (98), S. 161; vgl. Rupp, Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVBl. 1959, S. 85.

100) Vgl. dazu Erich Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, S. 102 ff., über die Rechtsgebundenheit der nichtgesetzesakzessorischen Verwaltung; BVerwG, Urt. v. 19.6.1963, DVBl. 1963, S. 859.

101) Urt. v. 24.6.1954, BVerwGE 1, 159.

102) a.a.O. (99). Vgl. dagegen Köttgen, Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 1953, S. 488.

103) Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 183 ff., 190 ff.

104) Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? 43. DJT Band I, 2. Teil A, S. 6 ff.

sei allein das Parlament berufen¹⁰⁵⁾. Die Problematik wurzelt eben, wie Jesch¹⁰⁶⁾ erkannt hat, im Verhältnis von Parlament und Exekutive, also im demokratisch-parlamentarischen Prinzip. Dazu ist oben bereits Stellung bezogen¹⁰⁷⁾.

Die These, daß rechts- und sozialstaatliche Erwägungen nicht relevant sind für die moderne Vorbehaltsproblematik, bedarf folgender Ergänzungen:

Das Phänomen weitgehender Abhängigkeit des Einzelnen von Leistungen der Verwaltung macht die rechtserhebliche Unterscheidung zwischen eingreifender und leistender Verwaltung fragwürdig. Die Freiheit des Bürgers ist nicht nur im Bereich der klassischen Eingriffsverwaltung bedroht, sondern auch im Bereich der Leistungsverwaltung¹⁰⁸⁾, eine Entwicklung, die das Verwaltungsrecht erst allmählich zu bewältigen beginnt¹⁰⁹⁾. Das zeigt sich auch hier, indem versucht wird, das Problem dadurch zu lösen, daß überkommene Rechtsinstitute einen erweiterten Anwendungsbereich erhalten sollen. Dagegen wäre grundsätzlich nichts einzuwenden, sofern die Operation den gewünschten Erfolg erzielen würde.

aa) Die Situation des Bürgers würde verschlechtert

Dieser Erfolg besteht nicht etwa in der Sicherung der Freiheit des Staatsbürgers, sondern in seiner rechtlich gesicherten Teilhabe an den für ihn existenziell notwendigen Leistungen der öffentlichen Verwaltung¹¹⁰⁾. Sie soll dadurch garantiert werden, daß die

105) Vgl. Mallmann, a.a.O. (103), S. 192 f.; Spanner, a.a.O. (104), S. 8 f.; Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. 43 ("in erster Linie an den Gesetzgeber gerichtet").

106) Gesetz und Verwaltung, insbes. S. 92 ff., 101, 169 und 175.

107) S. 138 ff.

108) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 56 ff., insbes. 67 ff.

109) Vgl. Erich Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, S. 105 f.

110) Man kann natürlich wie Rupp, Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVBl. 1959, S. 84 f., die Abhängigkeit des Einzelnen von staatlichen Leistungen als eine Beeinträchtigung seiner Freiheit sehen und das Bestreben, Rechtsansprüche gegen den Staat zu erhalten, auch mit der Rückgewinnung der Freiheit motivieren. Aber damit wird das Anliegen hinter einer Fassade versteckt, die ihm allenfalls sekundär zukommt. Im Anschluß an Rupp ähnlich, wenn auch weniger dezidiert Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 525. Vgl. hierzu auch Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht AöR 77, S. 181 und 220.

Verwaltung nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung tätig werden darf, die dem Einzelnen Rechtsansprüche einräumt. Wenn diese Forderung ohne tiefgreifende Einschränkungen verwirklicht würde¹¹¹⁾, so wäre die Situation des Bürgers wesentlich verschlechtert¹¹²⁾. Zum einen könnten die Behörden von sich aus nicht handeln, auch wenn es sich um dringende Fälle handelte, sondern müßten abwarten, bis das langwierige Gesetzgebungsverfahren beendet wäre. Die erforderlichen Leistungen würden also zunächst ausbleiben, und zwar nicht nur für eine Übergangszeit, sondern in jedem neu auftretenden Bedarfsfall sich wiederholend. Denn es dürfte kaum möglich sein, daß das Parlament im voraus Vorschriften schafft, die allen möglichen Krisenlagen gerecht werden¹¹³⁾. Es gehört zu den Kennzeichen des Sozialstaates, reaktiv zu sein, aus der jeweiligen Situation heraus zu handeln¹¹⁴⁾. Zum anderen besteht für den Gesetzgeber keine rechtlich erzwingbare Pflicht, tätig zu werden¹¹⁵⁾, während die Verwaltung, solange sie nicht durch den totalen Gesetzesvorbehalt an eigener Initiative gehindert ist, notfalls gerichtlich zum Handeln gezwungen werden kann¹¹⁶⁾.

111) So insbes. Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961, S. 169 ff.; vgl. auch Stern, a.a.O. (110).

112) Vgl. dazu Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 96 f.

113) Vgl. Lerche, Bundestagsbeschlüsse ohne Gesetzesbefehl über Subventionen, NJW 1961, S. 1759.

114) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 59.

115) Vgl. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. 52; Bogs, Die Einwirkungen verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, 43. DJT Band II G, S. 15; BVerfG, B. v. 19.12.1951, BVerfGE 1, 97.

116) Vgl. Bullinger, a.a.O. (112), Mit der Verpflichtungsklage nach § 42 VwGO kann jedes hoheitliche Tätigwerden, durch dessen Unterlassung der Kläger beschwert zu sein behauptet, begehrt werden; vgl. Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 RdNr. 17. Diese Ansicht hilft, einen Teil der Schwierigkeiten zu beseitigen, welche die Zurückhaltung der Praxis gegenüber einer allgemeinen Leistungsklage hervorruft. Vgl. dazu Eyermann-Fröhler, a.a.O., RdNr. 4; Menger, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 49, S. 74 f.; VerwArch. 50, S. 78 und 397.

bb) Die Grundrechte sichern den Anspruch des Einzelnen

Denn so schutzlos abhängig, wie es teilweise dargestellt wird, ist der Einzelne gegenüber der Verwaltung in Wahrheit nicht. Da sie, unabhängig von der Form ihres Handelns, den Grundrechten unterstellt ist¹¹⁷⁾ und da diese nicht nur Abwehransprüchen gewähren, vielmehr gerade unter dem Gesichtspunkt des Sozialstaatsgebotes dem Bürger einen status positivus socialis verleihen¹¹⁸⁾, sichern sie die existentiellen Positionen des Einzelnen. Daß sie notfalls auch vor den Gerichten geltend gemacht werden können, unterliegt keinem grundsätzlichen Zweifel; allerdings wird man zugeben müssen, daß die praktische Durchsetzbarkeit erschwert ist¹¹⁹⁾. Insofern ist die Situation des Bürgers, der sich auf ein Spezialgesetz berufen kann, gewiß günstiger. Das mag Anlaß sein, de lege gerenda eine stärkere gesetzliche Normierung der Leistungsverwaltung zu fordern¹²⁰⁾; de lege lata läßt sich die behauptete Erweiterung des Gesetzesvorbehalts von diesen Erwägungen aus nicht begründen¹²¹⁾.

3. Die Ansicht der Rechtsprechung

Vor allem die praktischen Gesichtspunkte mögen es wohl sein, welche die Gerichte veranlassen, der neuen Lehre mit Zurückhaltung zu begegnen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts hat abschließende Stellungnahme bisher behutsam vermieden.

117) Vgl. dazu oben, S. 108 ff.

118) Vgl. Bachof, a.a.O. (115), S. 43: Exekutive und Rechtsprechung sind zum unmittelbaren Verfassungsvollzug verpflichtet, soweit das Sozialstaatsgebot in den Grundrechten näher ausgeprägt ist.

119) Vgl. Bachof, a.a.O. (115), S. 51 f.

120) So wohl auch Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 96 ff.

121) Hans Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung? in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, S. 213, spricht von einem politischen Ziel, das "durch angeblich vorhandene Rechtsnormen ... als Rechtsprinzip getarnt" werde. Zu dieser sehr polemischen Formulierung vgl. Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 178, Anm. 46a.

a) Die Stellungnahmen für eine vorsichtige Erweiterung des Gesetzesvorbehaltes

aa) Das Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht¹²²⁾ hat zwar Bedenken gegen die überkommene Form des Allgemeinvorbehaltes angemeldet, da sie auf die Staatsauffassung des liberalen Bürgertums zurückzuführen, der egalitär-sozialstaatlichen Denkweise aber möglicherweise¹²³⁾ nicht mehr angemessen sei. Aber die - vom Gericht offen gelassene - Ausdehnung des Vorbehalts gelte jedenfalls nicht für die Zuständigkeiten und das Verfahren der leistungsgewährenden Verwaltung. Auch der Gesichtspunkt des Rechtsschutzes mache eine so weitgehende Ausdehnung nicht erforderlich.

Maßgebend sind für das Gericht dabei zwei Erwägungen: Zuständigkeits- und Verfahrensregelung der Leistungsverwaltung sind "weit von dem Bereich der Eingriffe in Freiheit und Eigentum entfernt"¹²⁴⁾. Hier zeigt sich, daß das Bundesverfassungsgericht noch ganz in den Kategorien der klassischen Vorbehaltslehre verhaftet ist, weil es, ähnlich wie Imboden, Rupp und Maunz-Dürig¹²⁵⁾, nur den Begriff des Eingriffs ausdehnen will. Außerdem: Der Gedanke des Rechtsschutzes nötigt nicht zu gesetzmäßigen Verfahrens- und Zuständigkeitsordnungen, weil das Verwaltungshandeln durch die Vorschriften des Grundgesetzes und den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit nunmehr in jedem Falle gerichtlich nachprüfbar ist¹²⁶⁾.

bb) Das Bundesverwaltungsgericht

Das Bundesverwaltungsgericht ist noch um einen Grad zurückhaltender. Im sog. Olmühlen-Urteil¹²⁷⁾ hat es zur Frage, "ob und in welchem Umfange nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

122) B. v. 6.5.1958, BVerfGE 8, 155 (166 ff.).

123) "Diese Wandlung könnte auch die Grenzen des Gesetzesvorbehalts verschoben und diesen Vorbehalt auf neue Bereiche ausgedehnt haben".

124) a.a.O. (122), S. 167.

125) Vgl. oben, S. 149, Anm. 89.

126) a.a.O. (122), S. 168.

127) Urt. v. 21.3.1958, BVerwGE 6, 282; vgl. dazu Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, S. 104 ("meines Erachtens nicht zu beanstandende Formulierung").

auch für begünstigende Maßnahmen eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist"¹²⁸⁾, ebenfalls unter Vermeidung einer abschließenden Stellungnahme, erwogen, daß neben dem förmlichen Gesetz jede andere parlamentarische Willensäußerung als eine hinreichende Legitimation angesehen werden könne. Wenn allerdings, wie im entschiedenen Fall, eine "untrennbare Wechselbeziehung zwischen der Auferlegung von Belastungen und der Gewährung von Begünstigungen" bestehe, bedürfe diese Regelung als Ganzes der gesetzlichen Grundlage¹²⁹⁾. In einem späteren Urteil¹³⁰⁾ hat dann derselbe Senat des Bundesverwaltungsgerichts diese Ansicht nicht nur bestätigt, sondern im Sinne der herrschenden Lehre auch gefolgert, daß der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit durch das Fehlen eines förmlichen Gesetzes oder Parlamentsbeschlusses, wodurch die Exekutive zu den Subventionsmaßnahmen ermächtigt werde, nicht verletzt werde. Der Grundsatz, daß der Staat nichts verschenken dürfe¹³¹⁾, sei kein gesetzliches Verbot, das die Subventionsleistungen rechtswidrig machen würde¹³²⁾. Anstelle einer parlamentarischen Ermächtigung dient dem Gericht die verfassungsmäßige Aufgabe der beteiligten Ressorts als Grundlage der umstrittenen Subventionierung. Die Ausführungen des Urteils leiden allerdings unter der Unklarheit, daß sie die Frage der Ermächtigung einseitig unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit sehen, während sie tatsächlich auf die demokratische Seite des Problems bezogen sind.

cc) Das OVG Saarland

Auf eine verfassungsrechtliche Handlungsermächtigung, da eine gesetzliche Regelung fehlt, greift auch das OVG Saarland¹³³⁾ zurück.

128) a.a.O. (127), S. 287.

129) a.a.O. (127), S. 288, auch Leitsatz 1.

130) BVerwG, Urt. v. 19.12.1958, DÖV 1959, S. 706.

131) Vgl. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 466 und 498; Köttgen, Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 1953, S. 490; ferner: Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlagen? DÖV 1961, S. 168; Witten, Subventionen in der Rechtsprechung, DVBl. 1958, S. 670; Zeidler, Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, Der Staat 1, S. 335; OVG Saarland, Urt. v. 6.5.1959, DÖV 1959, S. 708.

132) a.a.O. (130), S. 708. Eine echte Begründung fehlt allerdings.

133) Urt. v. 6.5.1959, DÖV 1959, S. 708.

In dem Rechtsstreit, welchen das Gericht zu entscheiden hatte, ging es um gesetzlich nicht geregelte Zuschüsse des Landes an einen in der Kinderfürsorge tätigen Verein. Das Gericht leitet die Befugnis des Staates zur Subventionierung aus Art. 25 Verfassung des Saarlandes ab, der dem Staat und den Gemeinden auferlegt, die erforderlichen Einrichtungen zum Schutze der Jugend zu schaffen, aber auch ermöglicht, diese Aufgaben gemeinnützigen freien Wohlfahrtseinrichtungen zu überlassen. Das Urteil befaßt sich zwar nicht mit dem Vorbehalt des Gesetzes, dennoch ergibt sich daraus die Ansicht des Gerichts, daß es spezieller parlamentarischer Subventionsermächtigung nicht bedürfe, wo mit den Zuwendungen eine verfassungsrechtlich normierte Aufgabe wahrgenommen wird.

b) Die Ansicht des VG Frankfurt und des OVG Münster

Die Zurückhaltung gegenüber der neueren Lehre von der Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts ist in zwei Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Frankfurt¹³⁴⁾ und des OVG Münster¹³⁵⁾ aufgegeben worden.

Das Urteil des VG Frankfurt krankt an überflüssigen Ausführungen. Was zum Vorbehalt des Gesetzes, den das Gericht fälschlicherweise¹³⁶⁾ in Art. 20 Abs. 3 GG enthalten sehen will¹³⁷⁾, gesagt wird, ist für die Entscheidung selbst unerheblich¹³⁸⁾; denn diese beruht auf dem Vorrang des Gesetzes, der unstreitig auch für die leistende Verwaltung gilt¹³⁹⁾. Die "kompromißlose"¹⁴⁰⁾ Stellungnahme des Gerichts zur Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf die leistende Verwaltung knüpft an die Bedenken des Bundesverfassungsgerichts¹⁴¹⁾ gegen die traditionelle Begrenzung des Vorbehalts auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum an. Entscheidend für seine Ansicht, daß im

134) Urt. v. 12.1.1960, DVBl. 1961, S. 52.

135) Urt. v. 30.4.1963, DVBl. 1963, S. 860.

136) Vgl. oben, S. 141, Anm. 50.

137) a.a.O. (134), S. 53 (linke Spalte).

138) Bezeichnenderweise hat das Gericht seine Ausführungen hierzu mit dem Hinweis beendet, daß die Frage keiner abschließenden Entscheidung bedürfe.

139) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 136.

140) Menger, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 52, S. 199; die Entscheidung habe "in klarer und kompromißloser Weise" Stellung genommen.

141) B. v. 6.5.1958, BVerfGE 8, 155; vgl. oben, S. 155 f.

Regelfall nur die gesetzliche Regelung dem Grundgedanken und dem Leitbild der an Gesetz und Recht gebundenen vollziehenden Gewalt entspreche, ist aber nicht die "Hinwendung zu einer egalitär-sozial-staatlichen Denkweise", sondern "die Einsicht, daß im Widerstreit der vielfältigen Gruppeninteressen mit dem Gesamtwohl zunächst der Gesetzgeber berufen ist, darüber zu entscheiden, ob und in welcher Weise ein Ausgleich vorzunehmen ist"¹⁴²⁾. Begründet wird das mit der These, daß allenfalls der Gesetzgeber der Einflußnahme der Interessenverbände steuern könne, während sich die einzelne Verwaltungsbehörde nur schwer unabhängig machen könne. Die Fragwürdigkeit dieser Erwägung hat das Berufungsurteil des VGH Kassel¹⁴³⁾ sehr deutlich gemacht. In der Tat - da die staatliche Praxis den weiten Gesetzesvorbehalt der neueren Lehre keineswegs anerkennt, ist es nicht recht verständlich, warum heute vor allem das Parlament Treffpunkt der lobbyisten ist und gerade die Anfälligkeit des Parlaments gegen massiv vorgetragene Interessentenforderungen beklagt wird.

Auch das OVG Münster¹⁴⁴⁾ hat seine Entscheidung nicht auf die dort angestellten Erwägungen zum Vorbehaltsproblem gestützt; diese nehmen aber auch nicht so breiten Raum ein wie im Urteil des VG Frankfurt. Im Anschluß an die einschlägige Literatur¹⁴⁵⁾ neigt das OVG der Auffassung zu, "daß es dem vom Grundgesetz gezeichneten Bild des sozialen Rechtsstaates entspricht, wenn Subventionen grundsätzlich ... nur auf gesetzlicher Grundlage vergeben werden"¹⁴⁶⁾. Zur Begründung führt das Gericht an, es sei ein "Mißverhältnis", wenn etwa im Lastenausgleichs- oder Besatzungsschädenrecht Leistungen an Personenkreise, die zum Teil schwerste Vermögensschäden erlitten hätten, nur aufgrund von Gesetzen in beschränktem Rahmen und unter mehrfacher Kontrolle gewährt werden könnten, während jährlich

142) a.a.O. (134), S. 53 (rechte Spalte).

143) Urt. v. 29.11.1962, DVBl. 1963, S. 443; vgl. dazu unten, S. 159 f.

144) Urt. v. 30.4.1963, DVBl. 1963, S. 860.

145) Wohl zu Unrecht beruft sich das Gericht auf Maunz, Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, BayVB1. 1962, S. 1 ff. (5), der hier offenbar nur Forderungen de lege ferenda stellt; anders allerdings in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20, RdNr. 135.

146) a.a.O. (144), S. 861 (linke Spalte).

Milliardenbeträge zum großen Teil lediglich aufgrund von Verwaltungsrichtlinien als Subventionen vergeben würden. Ob aus diesem Mißverhältnis andere als politische Forderungen abgeleitet werden können, erscheint zweifelhaft. Solche gewiß nicht unbedenklichen Erscheinungen des staatlichen Lebens können auch nicht ohne weiteres durch den Katalysator des Sozialstaatsprinzips¹⁴⁷⁾ rechtsdogmatische Forderungen begründen.

c) Die ablehnende Ansicht des VGH Kassel

In einem mit außergewöhnlicher Sorgfalt begründeten Urteil hat der VGH Kassel¹⁴⁸⁾ die angeführte Entscheidung des VG Frankfurt¹⁴⁹⁾ aufgehoben und ist zu der vorsichtig abwägenden Haltung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zurückgekehrt. Das Gericht hält zwar Korrekturen an der "klassischen" Vorbehaltslehre für notwendig, verneint jedoch das Erfordernis eines totalen (erweiterten) Gesetzesvorbehalts¹⁵⁰⁾, weil nur eine zurückhaltende Erweiterung der Vielschichtigkeit der tragenden Grundsätze des Grundgesetzes gerecht werde: Drei Verfassungsprinzipien, Rechtsstaats-, demokratisches und Sozialstaatsprinzip, wirkten auf den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes ein, und aus jedem dieser Prinzipien ließen sich gegenteilige Schlußfolgerungen ziehen. Dem demokratischen Argument, aus der gewandelten Verfassungsstruktur folge die Erforderlichkeit parlamentarischer Ermächtigung für jedes Verwaltungshandeln¹⁵¹⁾, stehe die Erwägung gegenüber, daß die in ihrer Spitze parlamentarisch kontrollierte und abhängige Exekutive mittelbar demokratisch legitimiert sei¹⁵²⁾. Radikaldemokratische Tendenzen seien dem Grundgesetz nicht mit Bestimmtheit zu entnehmen und daher angesichts der

147) Vgl. dazu Zeidler, Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, Der Staat 1, S. 323: Über die Auswucherungen des Wörtchens "sozial".

148) Urt. v. 29.11.1962, DVBl. 1963, S. 443.

149) S. 157 f.

150) a.a.O. (148), S. 449 (linke Spalte).

151) Vgl. die Nachweise a.a.O. (148), S. 446; dazu auch oben, S. 138 ff.

152) So vor allem Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 93, auf den sich der VGH Kassel bezieht, a.a.O. (148), S. 446 f.

deutschen Rechtstradition des Gewaltenteilungsprinzips abzulehnen. Aus dem Sozialstaatsprinzip lasse sich der umfassende Gesetzesvorbehalt nicht ableiten, weil er gerade die Situation des auf staatliche Leistungen Angewiesenen verschlechtere¹⁵³⁾.

Eine Korrektur der überkommenen Vorbehaltslehre hält das Gericht nur von Fall zu Fall für möglich¹⁵⁴⁾. Dieses Ergebnis verdient Zustimmung; es ist Ausdruck einer Rechtsprechung, die theoretische und praktische Gesichtspunkte sinnvoll verbindet.

III. Versuch einer Ausdehnung des klassischen Gesetzesvorbehalts

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist zunächst negativer Art: Der von verschiedenen Seiten vorgeschlagene umfassende Gesetzesvorbehalt ist verfassungsrechtlich nicht begründet. Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, welches die unter dem Grundgesetz gültige Form dieses Grundsatzes ist.

1. Die Ansicht von Peters

Hans Peters¹⁵⁵⁾ hat gegen alle reformierenden Bestrebungen eine Lanze für die traditionelle Begrenzung des Vorbehalts gebrochen, in letzter Zeit wohl die einzige Stimme für ein unverändertes Fortgelten der überkommenen Grundsätze. Nach Peters widerspricht die herrschende klassische Vorbehaltslehre nicht nur nicht dem Rechtsstaatsprinzip, sie ist vielmehr auch positiv begründet aus der geschichtlichen Entwicklung, dem Gewaltenteilungssystem der Verfassung und rechtfertigt sich überdies aus teleologischen und praktischen Erwägungen¹⁵⁶⁾. Die historische Argumentation, sowohl in der konstitutionellen Monarchie als auch in der Weimarer Republik habe die Exekutive einen selbständigen Kompetenzbereich besessen und nach 1945 habe man an diesen Zustand wieder angeknüpft¹⁵⁷⁾

153) a.a.O. (148), S. 447 f.; vgl. oben, S. 152 f.

154) a.a.O. (148), S. 449 (rechte Spalte).

155) Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung? in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, S. 206 ff.

156) a.a.O. (155), S. 210.

157) a.a.O. (155), S. 210 ff. (212 f.).

ist allgemein als nicht schlüssig abgelehnt worden¹⁵⁸⁾. Zu Recht. Denn die Verfassungsstruktur der Monarchie und die von ihr wesentlich mitbestimmte Verfassungspraxis der Weimarer Zeit besagen nichts über die heutige Rechtslage. Der entscheidende Punkt in Peters' Beweisführung, die Behauptung, man habe nach 1945 an jene Tradition angeknüpft, läßt sich nicht mit einer geschichtlichen Entwicklung begründen, sondern nur aus der Verfassung, die das Grundgesetz gegeben hat. Weil nach 1945 eine neue Staatsordnung geschaffen und nicht nur eine alte abgeändert wurde, läßt sich auch das andere Argument kaum verwerten, eine neue Regelung, die sich von der überkommenen Vorbehaltslehre abwende, hätte ausdrücklich getroffen werden müssen. Da es an solcher Ausdrücklichkeit fehle, müsse die Beibehaltung des bisherigen Zustandes angenommen werden¹⁵⁹⁾.

Peters sieht in Art. 20 Abs. 3 GG den Niederschlag der geschichtlichen Entwicklung. Das durch die Verfassung normierte Gewaltenteilungsprinzip wäre verletzt, wenn jegliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Exekutive durch das Erfordernis durchgängiger formalgesetzlicher Ermächtigung beseitigt würde¹⁶⁰⁾. Hierin ist Peters zuzustimmen. Ebenso darin, daß die Verwaltung im Interesse des Gemeinwohls auch dort handeln könne und handeln müsse, wo gesetzliche Regeln fehlen, weil der Sachverhalt normativer Regelung nicht zugänglich ist¹⁶¹⁾.

Während zur Ablehnung des totalen Gesetzesvorbehaltes der Rückgriff auf die geschichtliche Entwicklung nicht erforderlich und auch nicht beweiskräftig ist, scheint man bei der Abgrenzung des Vorbehalts darauf angewiesen zu sein. Warum gilt der Vorbehalt des Gesetzes nach herrschender Lehre nur für Eingriffe in Freiheit und Eigentum? Warum nicht für alle Materien, die auf Dauer geregelt werden, oder für alle Verwaltungshandlungen, die sich unmittelbar an den Bürger wenden? Löst man sich von den überkommenen Vorstellungen, so erscheinen mancherlei Lösungen sachgerecht.

158) Vgl. Zeidler, Besprechung von: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, DÖV 1961, S. 759 f.; Jesch, Zur Festschrift für Hans Huber, Der Staat 1, S. 114 f.; Gröpl, Gesetzesfreie Verwaltung und Grundgesetz, BayVBl. 1962, S. 193 f.

159) Peters, a.a.O. (155), S. 214.

160) Peters, a.a.O. (155), S. 214.

161) Vgl. auch Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 95.

Andererseits wird gerade auch von den Gegnern des umfassenden Vorbehalts immer wieder betont, daß die Formel "Eingriffe in Freiheit und Eigentum" neu überdacht werden müsse, da ihr Wert und ihre Geltung zweifelhaft geworden seien¹⁶²⁾.

2. Versuch einer eigenen Lösung

Da die Vorbehaltsproblematik eine Funktion des Verhältnisses von Parlament und Exekutive ist¹⁶³⁾, kann die Reichweite des Vorbehaltsprinzips nur von diesem Ausgangspunkt bestimmt werden¹⁶⁴⁾, will man sich nicht mit der Argumentation: "Das haben wir schon immer so gemacht", zufrieden geben¹⁶⁵⁾. Der Gesetzgeber kann heute - im Gegensatz zur konstitutionellen Monarchie - alles regeln, solange er nicht in den Kernbereich der Exekutive, der auch gegen legislatorische Maßnahmen geschützt ist, eingreift und dadurch gegen die Gewaltenteilung verstößt¹⁶⁶⁾. Doch ist die Verwaltung nicht stets an eine parlamentarische Ermächtigung gebunden, kann also auch da tätig werden, wo gesetzliche Regelungen fehlen. In dessen gibt es Sachverhalte, die nach der Verfassung nur in Gesetzesform geregelt werden können, bei denen die Exekutive erst aufgrund formalgesetzlicher Ermächtigung handeln kann. Das sind zum einen die "Gesetzesvorbehalte" zur Beschränkung der Grundrechte, zum anderen der organisationsrechtliche Vorbehalt des Art. 87

162) Vgl. Bullinger, a.a.O. (161), S. 95 und 98; BVerfG, B. v. 6.5.1958, BVerfGE 8, 155; BVerwG, Urt. v. 23.1.1958, BVerwGE 6, 282; VGH Kassel, Urt. v. 29.11.1962, DVBl. 1963, S. 443.

163) Vgl. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 175; dazu oben, S. 139 ff.

164) A.A. Gröpl, Gesetzesfreie Verwaltung und Grundgesetz, BayVBl. 1962, S. 195.

165) Vgl. Zeidler, Besprechung von: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, DÖV 1961, S. 760.

166) So Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 94, unter Berufung auf BVerfG, Urt. v. 27.4.1959, BVerfGE 9, 268 (279 f.); Scheuner, Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, S. 284; a.A. Friesenhahn, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16, S. 37 f. und S. 149 (Schlußwort).

GG¹⁶⁷⁾; daneben sind in den Verfassungen des Bundes und der Länder zahlreiche Materien der gesetzlichen Regelung vorbehalten¹⁶⁸⁾, die für die staatliche Ordnung besonders wichtig sind. Sieht man von den die staatliche Organisation betreffenden Vorbehalten ab, so handelt es sich bei den Sachverhalten, welche durch die Verfassung der Regelung in Gesetzesform vorbehalten sind, um Eingriffe in die Rechtssphäre der Bürger. Nach Maunz-Dürig¹⁶⁹⁾ belegen sie induktiv das allgemeine Vorbehaltsprinzip, das Teil des in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Rechtsstaatsprinzips sei. Dem kann man nicht zustimmen. Der von Maunz-Dürig angenommene allgemeine Vorbehalt gesetzlicher Ermächtigung wird durch die typischen Eingriffs-Vorbehalte der Verfassung nicht belegt; sie sind Beispiele der klassischen Vorbehaltslehre. Da die "Freiheit und Eigentum"-Formel die gesamte Individualsphäre des Bürgers erfaßt¹⁷⁰⁾ und eben dieser Bereich von den Grundrechten "in vollkommener und umfassender Weise"¹⁷¹⁾ umschrieben wird, muß man in den Gesetzesvorbehalten des Grundgesetzes¹⁷²⁾ Ausprägungen des traditionellen Prinzips des Vorbehaltes des Gesetzes sehen¹⁷³⁾.

-
- 167) Vgl. Köttgen, Die Organisationsgewalt, VVDStRL 15, S. 163 ff. Ähnliche Bestimmungen enthalten die Verfassungen von Baden-Württemberg: Art. 70; Bayern: Art. 77; Berlin: Art. 51 Abs. 3; Hamburg: Art. 57; Niedersachsen: Art. 43; Nordrhein-Westfalen: Art. 77; Saarland: Art. 116; Schleswig-Holstein: Art. 38.
- 168) z.B. Art. 21 Abs. 3; 24 Abs. 1; 38 Abs. 3; 41 Abs. 3; 45b; 48 Abs. 3; 54 Abs. 7; 59 Abs. 2; 59a Abs. 4; 84 Abs. 1 und 5; 85 Abs. 1; 87b Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2; 87d Abs. 2; 94 Abs. 2; 95 Abs. 4; 96 Abs. 2; 96a Abs. 2; 98 Abs. 1; 101 Abs. 2; 104 Abs. 2 Satz 4; 106 Abs. 4; 107 Abs. 1 und 2; 108 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5; 115; 131; 134 Abs. 4; 135 Abs. 5 und 6; 143 GG.
- 169) Grundgesetz, Art. 20 RdNr. 128.
- 170) Vgl. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 117 ff.
- 171) Jesch, a.a.O. (170), S. 135.
- 172) In den Länderverfassungen finden sich zum Teil spezielle Vorbehaltsregelungen; vgl. Baden-Württemberg: Art. 58 ("Niemand kann zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz beruhende Bestimmung es verlangt oder zuläßt"); Bayern: Art. 70 ("Die für alle verbindlichen Gebote und Verbote bedürfen der Gesetzesform"); Berlin: Art. 45 Abs. 1; Bremen: Art. 3 Abs. 3; Hessen: Art. 2 Abs. 2; Niedersachsen: Art. 32; Rheinland-Pfalz: Art. 2; Saarland: Art. 2.
- 173) Zu diesem Ergebnis gelangt auch Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 134 f.

Aus der Verfassung läßt sich demnach der "klassische Eingriffs-vorbehalt und nur dieser, nicht der umfassende Vorbehalt gesetzlicher oder in anderer Form erfolgender parlamentarischer Ermächtigung ableiten. Daher kann die von manchen erwogene Erweiterung des Vorbehalts nur mittels eines weiteren Verständnisses des Begriffs "Eingriff" vorgenommen werden¹⁷⁴⁾. In dieser Richtung bewegt sich auch die Olmühlen-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁷⁵⁾, indem sie eine Regelung, die Begünstigungen und Belastungen miteinander verknüpft, als Ganzes dem Vorbehalt des Gesetzes unterstellt.

a) Gewährung existentiell notwendiger Leistungen

Von verschiedenen Seiten ist versucht worden, die Gewährung existentiell notwendiger Leistungen an die Voraussetzungen einer gesetzlichen Ermächtigung zu binden, da die Abhängigkeit von solchen Leistungen einen Eingriff in die Individualsphäre, eine Beeinträchtigung der Freiheit des Einzelnen bedeute¹⁷⁶⁾. Man könnte insbesondere auch daran denken, daß die Versagung solcher Leistungen einen Eingriff in die geschützte Rechtssphäre des Bürgers darstelle. Von diesem Gesichtspunkt aus das Vorbehaltsprinzip auf die Erbringung existenznotwendiger Leistungen auszudehnen, erweckt, ungeachtet der theoretischen Beweiskraft des Gedankenganges, Bedenken, auf die Bullinger¹⁷⁷⁾ und ihm folgend, der VGH Kassel¹⁷⁸⁾ zu Recht hingewiesen haben¹⁷⁹⁾. Die Stellung des auf diese Leistungen angewiesenen Bürgers würde sich dadurch praktisch verschlechtern, eine Erwägung, die gerade hier relevant sein muß¹⁸⁰⁾.

174) So auch Gröpl, Gesetzesfreie Verwaltung und Grundgesetz, BayVBl. 1962, S. 195.

175) Urt. v. 21.3.1958, BVerwGE 6, 282.

176) Vgl. Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 191; Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 525; auch Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. 63 f.; Rupp, Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVBl. 1959, S. 84 f.

177) Vertrag und Verwaltungsakt, S. 96.

178) Urt. v. 29.11.1962, DVBl. 1963, S. 443 (447 f.).

179) Vgl. dazu oben, S. 148 ff.

180) Darauf hat besonders Menger, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 52, S. 198, hingewiesen: Die Gefahr des "pereat mundus" zu vermeiden, sei elementarste Pflicht jedes Gemeinwesens.

Bachof¹⁸¹⁾ hat in vorsichtiger Formulierung vorgeschlagen, in dem Sozialstaatsprinzip die Ermächtigung der Verwaltung zur Leistungsgewährung zu sehen. Das kann unter der angenommenen Geltung des umfassenden Vorbehalts des Gesetzes gewiß nur als Notbehelf begriffen werden¹⁸²⁾. Als solcher mag es aber dem Vorbehaltsprinzip in denjenigen Fällen existenznotwendiger Leistungserbringung genügen, die nicht gesetzlich geregelt sind und spezialgesetzlicher Normierung auch kaum zugänglich erscheinen¹⁸³⁾.

b) Belastender Eingriff durch Begünstigung eines Dritten

"Näher" am Begriff des Eingriffs in Freiheit und Eigentum als die eben genannten Fälle sind jene - allerdings verwandten - Tatbestände, bei denen die Begünstigung des einen zugleich eine Belastung des anderen darstellt. Obwohl beide Erscheinungen vielfach zusammen behandelt werden¹⁸⁴⁾, besteht doch ein wesentlicher Unterschied: Bei den "reinen" Fällen der Gewährung existenznotwendiger Leistungen besteht infolge der Abhängigkeit des Empfängers eine versteckte Eingriffssituation, in erster Linie werden aber eben doch Leistungen erbracht und keine Eingriffe vorgenommen. Wenn dagegen der Staat in den Wirtschaftsablauf eingreift, indem er einzelne Unternehmer subventioniert, so verändert er dadurch zu-

181) Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. 43 und 63; ders., VVDStRL 19, S. 269 f. (Diskussionsbeitrag).

182) Darauf hat Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. 63, hingewiesen. Vgl. auch Gröpl, Gesetzesfreie Verwaltung und Grundgesetz, BayVB1. 1962, S. 196; Hamann, Zur Problematik des Subventionsrechts, DVBl. 1963, S. 490.

183) Man sollte in der Auseinandersetzung um diese Fragen nicht übersehen, daß tatsächlich viele dieser Leistungen aufgrund gesetzlicher Regelung erbracht werden. Hier wäre etwa die gesamte Sozialgesetzgebung zu nennen. Ebenso die zahlreichen wirtschaftsregelnden Gesetze, aus neuerer Zeit z.B.: Gesetz zur Förderung der deutschen Eier- und Geflügelwirtschaft v. 31.3.1956 i.d.F. v. 14.6.1963 (BGBl. I, S. 401); Gesetz zur Förderung der Wirtschaft von Berlin (West) i.d.F. v. 26.7.1962 (BGBl. I, S. 493); Gesetz zur Förderung der Rationalisierung im Steinkohlebergbau v. 29.7.1963 (BGBl. I, S. 549).

184) Vgl. Mallmann, a.a.O. (176); Stern, a.a.O. (176), S. 524 f. Bogs, Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit, 43. DJT Band II G, S. 24 f.; Bullinger, a.a.O. (177), S. 95 f.; VGH Kassel, a.a.O. (178).

gleich die Wettbewerbssituation zum Nachteil der nicht subventionierten Unternehmen der gleichen Branche. Das ist ein unmittelbarer Eingriff in deren wirtschaftliche Position¹⁸⁵⁾. Für die Frage, ob ein Eingriff in Freiheit und Eigentum vorliegt, kann es keinen Unterschied ausmachen, ob die Wettbewerbsfähigkeit durch Auferlegung besonderer Lasten u. dgl. oder durch Verstärkung der Konkurrenz beeinträchtigt wird. Wo die staatliche Leistung an einen Begünstigten zugleich eine Beeinträchtigung eines Konkurrenten bewirkt, liegt ein Eingriff in dessen Individualsphäre vor¹⁸⁶⁾, so daß für die Leistung, welche gleichzeitig Belastung ist, eine gesetzliche Grundlage erforderlich wird¹⁸⁷⁾.

Diese Auffassung hält sich im Rahmen des überkommenen Vorbehalts des Gesetzes, wie er durch die Verfassung ausdrücklich normiert ist.

Staatliche Leistungen an Private, die wettbewerbsneutral sind, unterfallen nicht dem Vorbehalt des Gesetzes. In den Fällen, in denen eine Unterstützungsmaßnahme, welche die Konkurrenten unmittelbar benachteiligt, existenznotwendig ist, wird man wohl aus dem Sozialstaatsprinzip heraus staatliches Handeln auch ohne gesetzliche Ermächtigung für rechtmäßig halten müssen; es handelt sich aber um eng begrenzte Ausnahmesituationen.

185) Vgl. Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961, S. 165 f.; ferner: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20 Rd. Nr. 135; Hamann, Zur Problematik des Subventionsrechts, DVBl. 1963, S. 488 f.; Karl-Otto Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, S. 101; Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 42; BGH, Urt. v. 30.4.1959, DÖV 1959, S. 710. Jetzt auch BVerfG, Urt. v. 6.5.1964, NJW 1964, S. 1315: "Gegen eine Steuernorm, die einen anderen begünstigt, ist Verfassungsbeschwerde des von dieser Begünstigung Ausgeschlossenen zulässig, wenn er schlüssig darlegt, seine Wettbewerbsfähigkeit gegenüber dem Begünstigten werde beeinträchtigt".

186) Vgl. Maunz, Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, BayVBl. 1962, S. 1.

187) So auch Bellstedt, a.a.O. (185), S. 168; Hamann, a.a.O. (185), S. 489.

c) Ergebnis für die staatliche Kunstförderung

aa) Allgemein

Die dargestellte Verknüpfung von Begünstigungen und Belastung eines Dritten setzt ein korrespondierendes Verhältnis zwischen Begünstigtem und Belastetem voraus, wie es vorwiegend im Bereich der Wirtschaft vorkommt. Nur hier ist infolge des Wettbewerbs der Vorteil des einen zugleich der Nachteil des anderen. Auf anderen Gebieten bestünde der gleiche Effekt nur dann, wenn der allgemeine Gleichheitssatz eine ähnliche Beziehung zwischen Begünstigtem und Nichtbegünstigtem schaffen würde, wie sie auf dem wirtschaftlichen Sektor der Wettbewerb herstellt. Das ist indessen nicht der Fall. Zwar gibt nach überwiegender Ansicht Art. 3 GG dem Bürger ein subjektives Recht auf Gleichbehandlung¹⁸⁸⁾, aber dieses Recht darf überhaupt nicht beeinträchtigt werden, rechnet also nicht zu dem speziell durch den Vorbehalt des Gesetzes geschützten Bereich. Eine Maßnahme, welche gegen das Gleichbehandlungsgebot verstößt, ist rechtswidrig, unabhängig davon, ob sie auf Gesetz beruht oder nicht¹⁸⁹⁾. Im übrigen ist bei der staatlichen Leistungen an Private die Skala berechtigter Differenzierungsmöglichkeiten so groß, daß der Gleichheitssatz selten verletzt sein kann.

Begünstigung eines Bürgers kann also Belastung eines anderen nur sein, wenn zwischen ihnen Wettbewerb herrscht, nur dann bedarf die staatliche Maßnahme gesetzlicher Grundlage. Das "Spannungsverhältnis zur Konkurrenz", welches den Wettbewerb ausmacht, ist

188) Vgl. Hamann, Das Grundgesetz, Art. 3 Anm. A 2; v.Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 3 Anm. II 5 - S. 194, jeweils mit weiteren Nachweisen.

189) Daher ist mit Recht gesagt worden, daß "der Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit ... im Bereiche der nicht rechtssatzmäßig geordneten Verwaltung in gewissem Sinne an die Stelle des Gesetzmäßigkeitsprinzips" (gemeint ist der Vorbehalt des Gesetzes) getreten sei (Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 17). Vgl. auch Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77, S. 219 ff.; Karl-Otto Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, S. 100; VGH Kassel, Urf. v. 29.11.1962, DVBl. 1963, S. 443 (444).

"dem erwerbswirtschaftlichen Verhalten wesenseigen"¹⁹⁰⁾. Es bleibt somit zu fragen, ob das Gesagte auch für nichtwirtschaftliche, speziell kulturelle Zuwendungen gilt. Daß unter Subjekten des kulturellen Lebens, etwa unter bildenden Künstlern, Theaterunternehmern oder Filmproduzenten, ein Wettbewerb stattfinden kann, versteht sich. Doch er ist anderer Natur als der wirtschaftliche Konkurrenzkampf. Dieser ist durch die Orientierung am Konkurrenten bestimmt, auf dessen Kosten sich der Unternehmer durch Gewinnung eines größeren Kundenkreises Gewinnvorteile verschaffen will¹⁹¹⁾. Wettbewerb ist regelmäßig das spezifische Mittel, um zum Ziel wirtschaftlichen Verhaltens zu gelangen. Demgegenüber ist der Wettbewerb zwischen Künstlern und zwischen künstlerischen Einrichtungen Begleiterscheinung ihrer Tätigkeit, die sich primär nicht am anderen orientiert, sondern an einem künstlerischen Ideal. Das ist allerdings eine idealtypische Betrachtungsweise, der man nicht ganz ohne Skepsis anhängen kann. Künstler müssen leben, und künstlerische Einrichtungen sollen ihr - übliches - Defizit in möglichst engen Grenzen halten. Beides kann bei einem zu großen Angebot oft auch nur auf Kosten anderer möglich sein. Entscheidend ist jedoch, daß dies nicht unabdingbar im Zentrum künstlerischer Tätigkeit steht. Sie ist darauf ausgerichtet, die bestmögliche Leistung zu erbringen, nicht (nur) eine bessere als Dritte.

Auch ist zu berücksichtigen, daß Kunstwerke, die Ergebnisse künstlerischen Bemühens, höchstpersönliche Leistungen und nicht vertretbare Sachen oder Dienstleistungen sind. Jeder Künstler hat gewissermaßen eine Monopolstellung. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, daß die Verhältnisse auf dem sog. Kunstmarkt nicht so hehr und edel sind, daß der eine, der sich durchsetzt oder durchgesetzt wird, dem anderen, dem dies - noch - nicht gelungen ist, den Platz nicht versperren und die Absatzmöglichkeiten nicht verringern könnte. Doch das ist eben nicht typisch und nicht wesensnotwendig, also auch kein sachgerechter Anknüpfungspunkt.

Staatliche Unterstützung eines Künstlers oder einer künstlerischen Einrichtung mag sich somit im Einzelfall durchaus als Schädigung

190) Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage?
DÖV 1961, S. 166.

191) Vgl. Bellstedt, a.a.O. (190), S. 165 f.

der Interessen anderer auswirken; das ist jedoch nicht die typische Auswirkung solcher Maßnahmen. Daher sind die kulturellen Leistungen für die staatliche Kunstförderung nicht an den Vorbehalt des Gesetzes gebunden; sie wirken im Gegensatz zu bestimmten wirtschaftlichen Subventionen nicht zugleich als Eingriffe in Freiheit und Eigentum Dritter¹⁹²⁾

bb) Versagung von Filmprädikaten

Wird für die staatliche Leistung im Rahmen der Kunstförderung eine gesetzliche Grundlage nicht verlangt, so kann sie auch nicht gefordert werden für die Ablehnung eines Antrages, mit dem eine solche Leistung begehrt wird. Denn die selbständige, d.h. nicht durch Gesetz erteilte Ermächtigung der Exekutive zu Förderungsmaßnahmen gewährt ihr gerade die Freiheit zu eigener pflichtgemäßer Entscheidung. Das verkennt Roellenbleg¹⁹³⁾, wenn er die Verweigerung eines Prädikats durch die Filmbewertungsstelle Wiesbaden als einen belastenden Verwaltungsakt, der nur auf gesetzlicher Grundlage ergehen dürfe, qualifiziert. Er konstruiert die Regelung, welche die Vergnügungssteuergesetze über die Steuerermäßigung für prädikatisierte Filme und die Verwaltungsvereinbarung der Länder vom 20. September 1957 über die Tätigkeit der Filmbewertungsstelle Wiesbaden treffen, als ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Daraus leitet er den Anspruch des Produzenten auf ein Prädikat - welches? - ab und sieht dann in der Ablehnung einen Eingriff in die Rechtsposition des Antragstellers. Offen dagegen bleibt die Frage, ob etwa die Zuerkennung eines Prädikats auch gesetzlicher Grundlage bedarf, weil diese Entscheidung - so Roellenbleg - nur das verdeckte Grundrecht wieder zur Geltung bringe, also keinen begünstigenden Verwaltungsakt darstelle.

Der Ansatzpunkt dieser Argumentation, die Vergnügungssteuergesetze verböten den Gemeinden, Filmen Steuerermäßigung zu gewähren, wirkt gekünstelt und die Durchführung begriffsjuristisch. Wenn den Gemeinden in den Vergnügungssteuergesetzen etwas verboten wird, dann nur die normale Besteuerung der prädikatisierten Filme¹⁹⁴⁾. Der

192) Insoweit übereinstimmend Gröpl, Gesetzesfreie Verwaltung und Grundgesetz, BayVB1. 1962, S. 195.

193) Die Rechtsstellung der Filmbewertungsstelle, S. 124 ff.(126).

194) Vgl. dazu Mennekes, Film - Vergnügen und Steuer.

Sachverhalt läßt sich aber auch deswegen nicht unter die Rechtsfigur des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt subsumieren, weil sich das von Roellenbleg unterstellte Verbot an die Gemeinde richten soll, die Erlaubnis jedoch nicht von der Gemeinde, sondern vom Produzenten beantragt wird und nur ihm sowie dem Verleih und den Theaterbesitzern einen Vorteil erbringt. Darüber hinaus ist es auch unzulässig, die rechtstechnische Konstruktion des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt zu einem materiellen Prinzip zu machen, aus dem sich Rechtsfolgen ableiten lassen. Hier ist dies umso weniger angebracht, als die sachlichen Voraussetzungen dieser Rechtsfigur, eine gefährliche Situation, welche unter Kontrolle zu halten ist, nicht vorhanden sind¹⁹⁵⁾.

Die Steuerermäßigung, welche einem prädikatisierten Film zuteil wird, beruht auf gesetzlicher Grundlage; es handelt sich insoweit um eine Ausnahmeerscheinung im Rahmen der staatlichen Kunstförderung. Die Tätigkeit der Filmbewertungsstelle selbst erfolgt aufgrund einer Verwaltungsvereinbarung; daß in den meisten Vergnügungssteuergesetzen der Länder¹⁹⁶⁾ ihre Zuständigkeit begründet ist, ist keine ausreichende gesetzliche Ermächtigung¹⁹⁷⁾. Wäre eine solche erforderlich, so wären nicht nur ihre ablehnenden Bescheide, sondern auch die gewährenden rechtswidrig.

Vom Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung her ergeben sich jedoch keine besonderen Bedenken gegen die Tätigkeit der Filmbewertungsstelle, zumal die Rechtsfolge der von ihr verliehenen Prädikate gesetzlich normiert ist. Wie die Sachlage von Art. 5 Abs. 3 GG aus zu beurteilen ist, wird unten dargestellt¹⁹⁸⁾.

195) Vgl. Herbert Krüger, "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und "Gewährung mit Auslesevorbehalt", DÖV 1958, S. 674 f.

196) Ausgenommen Baden-Württemberg, Hessen, Hamburg und Schleswig-Holstein.

197) So im Ergebnis auch Roellenbleg, Die Rechtsstellung der Filmbewertungsstelle, S. 129. Vgl. auch Herbert Krüger, "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und "Gewährung mit Auslesevorbehalt", DÖV 1958, S. 675.

198) S. 240 ff.

Fünftes Kapitel

ARTIKEL 5 ABS. 3 GG ALS MASSTAB STAATLICHER KUNSTFÖRDERUNG

I. Die Bedeutung des Grundrechts der Kunstfreiheit

Wenn der Staat sich als Mäzen betätigt, so ist er dabei an die Grundrechte gebunden; staatliche Kunstförderung hat besonders Art. 5 Abs. 3 GG zu beachten, die Freiheit der Kunst ist geradezu das Grundgesetz staatlicher Kunstpflege. In diesem Satz steckt ein spezifischer Widerspruch¹⁾. Denn die zur Kunstförderung erforderliche Entscheidung über das Förderungswürdige, die Unterstützung des einen, die Vernachlässigung des anderen, das sind nicht gegenüber der Kunstfreiheit neutrale Vorgänge, sondern berühren sie unmittelbar. Ziel und Form staatlicher Kunstförderung werden vom Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG entscheidend mitbestimmt. Wie, das ist im folgenden zu untersuchen.

1. Als Zweckbestimmung staatlicher Kunstförderung

Jedes staatliche Handeln, also auch jedes Gewähren von Leistungen und Vorteilen, muß einem rechtlich zulässigen Zweck dienen. Das ist der Kern des schon fast zum Schlagwort degradierten Satzes: "Der Staat darf nichts verschenken"²⁾. Für den Staat aber sind nicht alle Zwecke legitim, denen sich der Private widmen kann, sondern nur die am Gemeinwohl orientierten öffentlichen Zwecke. Gemeinwohl oder öffentliches Interesse sind durch "die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates"³⁾ wesentlich bestimmt;

1) Vgl. Schütz, Brennpunkte der Kulturpolitik, S. 19.

2) Vgl. Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961, S. 168; Haenel, Deutsches Staatsrecht, S. 380; Karl-Otto Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, S. 21 f.; Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 466; Köttgen, Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl., S. 490; OVG Saarland, Urt. v. 6.5.1959, DÖV 1959, S. 708 (709); zurückhaltend: BVerwG, Urt. v. 19.12.1958, DÖV 1959, S. 706 (708).

3) Vgl. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945.

also ist auch die Freiheit der Kunst eine Forderung des Gemeinwohls.

Würde die grundrechtlich garantierte Freiheit der Kunst ein beziehungsloses Nebeneinander von Staat und Kunst bedeuten, so wäre jede staatliche Förderung der Kunst verfassungswidrig. Das ist zwar nicht der Fall, weil ein unüberbrückbarer Graben zwischen Kunst und Staatsmacht nicht besteht und auch nicht bestehen soll⁴⁾; aber wenn es richtig ist, daß Förderung notwendig Lenkung bedeutet⁵⁾, dann konfrontiert uns die Tatsache weitverzweigter staatlicher Maßnahmen zur Kunstförderung mit der Frage, ob damit nicht doch das Grundrecht verletzt ist. Denn es gewährleistet mit seiner institutionellen Seite⁶⁾ den von jeder fremden Einwirkung freien "autonomen Sachbereich" Kunst⁷⁾. Das heißt zugleich, daß Schutz nicht nur vor Übergriffen der Staatsorgane garantiert ist, sondern auch vor Übergriffen anderer sozialer Mächte⁸⁾; Art. 5 Abs. 3 GG ist nicht nur ein gegen den Staat gerichtetes Individualrecht, sondern ein umfassendes Ordnungsprinzip. Der Staat darf also weder reglementieren, noch beschränken und muß gleichzeitig Reglementierung und Beschränkung von dritter Seite verhindern. Zu dieser Aufgabe, die Freiheit des Sachbereichs Kunst zu sichern, tritt hinzu jene weitere der positiven Förderung der Künste mit der Notwendigkeit der Entscheidung zwischen Unterstützungswürdigem und -unwürdigem, die wiederum die Freiheit der Kunst nicht einschränken darf.

4) Das berührungsfreie Nebeneinander wird ja gerade immer wieder beklagt.

5) Vgl. Schütz, a.a.O. (1); E.R. Huber, Zur Problematik des Kulturstaates, S. 8.

6) Vgl. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 96 f.

7) Vgl. Köttgen, Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 303; Mallmann, Das Recht der Kunsthochschulen und die Freiheit der Kunst, in: Festschrift für Jahrreiss, S. 262.

8) Vgl. Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 20. Obwohl das Grundgesetz auf eine dem Art. 142 Satz 2 WV ("Der Staat gewährt ihnen Schutz und nimmt an ihrer Pflege teil") entsprechende Bestimmung verzichtet hat, wird diese Verpflichtung des Staates überwiegend bejaht; vgl. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. X 1 - S. 252, mit weiteren Nachweisen.

2. Inhalt des Grundrechts

Was bedeutet die verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit der Kunst? Entgegen der üblichen Resignation juristischer Bemühungen haben wir oben versucht, den Bereich der Kunst zu umschreiben⁹⁾. Dabei hat sich ergeben, daß Kunst im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG künstlerische Tätigkeit ist, zusammengesetzt aus Schaffen und Zeigen¹⁰⁾. Nunmehr ist das Wesen der ihr garantierten Freiheit einschließlich deren "Schranken" zu untersuchen.

Das Grundrecht gewährleistet zum einen den autonomen Lebensbereich der Kunst als der Gesamtheit aller künstlerischen Bemühungen, zum anderen die Freiheit jedes einzelnen in seiner künstlerischen Tätigkeit¹¹⁾. Institutionelle und individual-rechtliche Seite des Grundrechts werden in Art. 5 Abs. 3 GG einerseits durch die sprachliche Fassung, welche auf den Lebensbereich hinweist¹²⁾, und andererseits durch die Abstraktheit des Wortes "Kunst", das keine "Einrichtung" bezeichnet¹³⁾, besonders deutlich in Beziehung gesetzt¹⁴⁾.

Frei ist die Kunst, wenn die künstlerische Tätigkeit keinen Beschränkungen unterliegt, wenn dem Künstler weder in bezug auf den Gegenstand noch auf die Form seines Schaffens Vorschriften gemacht werden können, wenn er seine Werke ungehindert dem Publikum zugänglich machen kann. - Solche Freiheit aber gibt es nicht¹⁵⁾.

9) Vgl. S. 13 ff.

10) Vgl. S. 44 ff. (47).

11) Vgl. v. Mangoldt-Klein, a.a.O. (8), Anm. X 2b - S. 253; Roepertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 90 f.; Ähnlich OVG Münster, B. v. 18.11.1958, OVGE 14, 185 (191); unklar Hamann, Das Grundgesetz, Art. 5 Anm. 13; a.A. Wernicke im Bonner Kommentar, Art. 5 Anm. II 3a; wohl auch Ridder, Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 268. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 110, nimmt gleichfalls an, daß Art. 5 Abs. 3 GG als institutionelle Garantie dem Einzelnen weniger Schutz biete, hält aber gleichwohl an dieser Auslegung fest. Das ist aus den genannten Gründen abzulehnen.

12) Anders etwa der von Ridder, a.a.O. (11), als besonders glücklich formuliert bezeichnete Art. 10 der Hessischen Verfassung: "Niemand darf in seinem ... künstlerischen Schaffen und in der Verbreitung seiner Werke gehindert werden...".

13) Vgl. OVG Münster, B. v. 18.11.1958, OVGE 14, 185 (191).

14) Zum Verhältnis beider Seiten vgl. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 96 ff.

15) Vgl. Hauser, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur I, S.28.

Sonst hätte die Kunst eine jeder anderen menschlichen Tätigkeit gegenüber ganz unvergleichliche Stellung, sie würde aus dem Rahmen jeder sozialen Gemeinschaft fallen, die jedem Beschränkungen auferlegen muß, um bestehen zu können.

Im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 GG erscheint das Problem der Beschränkung der künstlerischen Freiheit unter zwei Aspekten:

- 1) Gelten für die künstlerische Tätigkeit rechtliche Beschränkungen?
- 2) Welche Bedeutung haben soziologische Beschränkungen der künstlerischen Freiheit?

II. R e c h t l i c h e G r e n z e n d e r K u n s t - f r e i h e i t

Die Frage nach den rechtlichen Beschränkungen der künstlerischen Freiheit wirft das Problem der Grenzen eines nicht an einen Vorbehalt geknüpften Grundrechts auf, das die Interpretation des Grundrechts der Kunstfreiheit von seiner ersten Normierung in Art. 142 der Weimarer Verfassung an beschwert hat¹⁶⁾.

1. Das Problem des nicht ausdrücklich begrenzten Grundrechts

Der Wortlaut und die systematische Stellung des Art. 5 Abs. 3 GG verbieten, wie auch die Entstehungsgeschichte deutlich zeigt¹⁷⁾, die Schranken des Absatzes 2, welche nur für die in Absatz 1 normierten Grundrechte gelten, unmittelbar oder analog¹⁸⁾ auf die in

16) Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 142 Anm. 2 ff. - S. 658 ff.; Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 142 Anm. 1; Kitzinger, Artikel 142 Satz 1, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band II, S. 457 ff.; Poetzsch-Heffter, Handkommentar zur Reichsverfassung, Art. 142 Anm. 2.

17) Vgl. Doemming-Füßlein-Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JÖR 1, S. 89 ff.: Die Zusammenfassung der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit mit der Meinungs- und Informationsfreiheit in einem Artikel erfolgte aus redaktionellen Gründen, um den Verfassungstext zu straffen. Vgl. auch Repertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 22.

18) So Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 110; ders., Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 21.12.1954, BayVBl. 1955, S. 215 f.; v.Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5, Anm. 8 - S. 68;

Absatz 3 genannten Grundrechte zu übertragen¹⁹⁾. Es geht auch nicht an, künstlerische Äußerungen als Meinungsäußerungen nach Art. 5 Abs. 1 GG zu beurteilen, sei es, daß das Grundrecht der Kunstfreiheit stillschweigend umlaufen wird²⁰⁾, sei es, daß die künstlerische Tätigkeit in zwei Komponenten, Schaffen und Veröffentlichen, zerlegt und die letztere als Meinungsäußerung gewertet wird²¹⁾. Daß damit das Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG entleert wird, ist bereits gezeigt worden²²⁾.

Daß die künstlerische Freiheit schlechterdings grenzenlos sei, ist kaum je vertreten worden²³⁾, weil man nicht einzusehen vermochte, warum - wie Anschütz²⁴⁾ sich ausdrückte - "den im Art. 142 (= Art. 5 Abs. 3 GG) bezeichneten Betätigungsmöglichkeiten der persönlichen Freiheit eine so einzigartige Stellung hat eingeräumt werden sollen, ein Bewegungsspielraum, wie er nicht einmal der Religionsfreiheit ... gewährt ist". Mit einer gewissen Vereinfachung kann man heute zwei Wege unterscheiden, diesen scheinbar so grenzenlosen Bereich in das staatliche Ordnungsgefüge einzufügen. Beide orientieren sich an der "Schränkentrias" des Art. 2 Abs. 1 GG, den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz.

Giese, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 5 Anm. II 8; unentschieden Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, S. 21.

- 19) So v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. X 6 - S. 258; Hamann, Das Grundgesetz, Art. 5 Anm. 13; Wernicke im Bonner Kommentar, Art. 5 Anm. II 3c; Köttgen, Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 312; Ott, Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst, NJW 1963, S. 617 f.; BVerwG, Urt. v. 21.12.1954, BVerwGE 1, 303 (305); OVG Münster, B. v. 18.11.1958, OVG 14, 185 (191).
- 20) So LVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 29.5.1952, VerwRspr. 4, S. 733; OVG Lüneburg, Urt. v. 4.11.1952, DVBl. 1953, S. 83. Beide Urteile erwähnen Art. 5 Abs. 3 GG nicht. Vgl. auch Ridders Glosse "Vom allzu zeitigen Ausverkauf der Grundrechte", JZ 1953, S. 249, der dieses Versäumnis aber auch nicht erwähnt.
- 21) So OVG Münster, a.a.O. (19).
- 22) Vgl. oben, S. 47 ff.
- 23) Soweit ersichtlich, hat das bislang nur Ott, a.a.O. (19), S. 618, behauptet. Er hat seine These jedoch später, Anmerkung zum Urteil des BayObLG vom 22.1.1964, NJW 1964, S. 1149, wieder eingeschränkt, und zwar im Anschluß an Roepertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 126 ff.
- 24) Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 142 Anm. 2.

Sie differieren in der Frage, ob Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranke oder aber Auslegungsregel zur Ermittlung immanenter Grundrechtsgrenzen ist²⁵⁾.

2. Ableitung von Einordnungsgrenzen aus der Rechtsgütertrias des Art. 2 Abs. 1 GG

a) Unmittelbare Begrenzung aus Art. 2 Abs. 1 GG

Die eine, nach Inkrafttreten des Grundgesetzes zunächst überwiegende²⁶⁾ Lehre begreift Art. 2 Abs. 1 GG als das umfassende Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, bestimmend für die gesamte freiheitliche Grundordnung, das die nachfolgenden Freiheitsrechte zu bloßen Anwendungsfällen dieses "großen Grundrechts"²⁷⁾ macht. Daher seien die Spezialgrundrechte im gleichen Maße begrenzt wie das sie alle umschließende Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG²⁸⁾. Auf das Grundrecht der Kunstfreiheit angewandt, er-

-
- 25) Im Anschluß an Roepertz, a.a.O. (23), S. 123, erscheint es zweckmäßig, die dem Grundrecht innewohnenden Beschränkungen als Grenzen zu bezeichnen, im Gegensatz zu den von außen angelegten Schranken. Vgl. auch Ott, Anmerkung zum Urteil des BayObLG v. 22.1.1964, NJW 1964, S. 1149; Scholtissek, Innere Grenzen der Freiheitsrechte, NJW 1952, S. 561 ff.; ähnlich Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 23 f. und passim, der allgemein von Begrenzungen spricht.
- 26) Vgl. Zeidler, Zur Problematik des Art. 2 Abs. 1 GG, NJW 1954, S. 1068.
- 27) Naumann, Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit, JZ 1951, S. 426. Vgl. auch v.Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem. S. 38.
- 28) So etwa E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band, S. 660 f.; Ipsen, Gleichheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 130; Dürig, Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR 79, S. 59 und 63; Herbert Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 13; Leiss, Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafwürdigkeit einer Handlung, NJW 1962, S. 2323; Naumann, a.a.O. (27); OVG Münster, Urt. v. 20.9.1950, VerwRspr. 3, S. 737 (742); OVG Lüneburg, Urt. v. 9.2.1951, VerwRspr. 4, S. 233 (238 f.); OVG Münster, Urt. v. 11.4.1951, VerwRspr. 4, S. 754 (755); OVG Hamburg, Urt. v. 16.4.1953, VerwRspr. 6, S. 654 (663); BGH, Urt. v. 1.2.1954, NJW 1954, S. 713 (714); BGH, Urt. v. 23.6.1961, GoldtArch. 1961, S. 240; LG Hamburg, Urt. v. 31.7.1962, NJW 1963, S. 675; BayObLG, Urt. v. 22.1.1964, NJW 1964, S. 1149. Vgl. auch Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 6. Auflage 1957, S. 37 f.; a.A. in der 7. Auflage 1961, S. 94 f.

gibt sich nach dieser Auffassung dessen Begrenzung unmittelbar aus der "Schränkentrias" des Art. 2 Abs. 1 GG. Man hätte dann nur noch den Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Elfes-Urteils des Bundesverfassungsgerichts²⁹⁾ zu verstehen als "die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind", so bliebe von dem so "einfach und kraftvoll"³⁰⁾ formulierten Grundrecht künstlerischer Freiheit kaum mehr als eine "Bestätigung und Spezialisierung des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung"³¹⁾ übrig³²⁾.

Das wäre ein recht dürftiges Resultat. Aber nicht nur von diesem - wohl vermeidbaren - Ergebnis her bestehen gegen diese Auffassung Bedenken; sie ist dogmatisch verfehlt, weil sie sich mit grundlegenden Interpretationsregeln in Widerspruch setzte: Ist das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) das umfassende Grundrecht, so daß die nachfolgenden Grundrechte nur konkrete Ausgestaltungen sind, so sind sie zugleich *leges speciales*. Ihre abweichenden Regelungen, insbesondere das Fehlen eines Vorbehalts³³⁾, gehen der generellen Regelung vor. Erkennt man aber hier ein Verhältnis von allgemeiner zu spezieller Norm nicht an, so bleibt die nicht lösbare Frage, wozu es in den Art. 2 Abs. 2 ff. GG noch der "Schränken" bedurft habe, da sie doch eigentlich nur überflüssige Wiederholungen sind³⁴⁾.

b) Art. 2 Abs. 1 GG als Anhaltspunkt zur Ermittlung von Einordnungsgrenzen

Die Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte hat sich daher mit Recht schon frühzeitig³⁵⁾ von jener Lehre abgeandt, was schließ-

29) Ur. v. 16.1.1957, BVerfGE 6, 32 (Leitsatz 3 und S. 38).

30) Kitzinger, Artikel 142 Satz 1, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band II, S. 449.

31) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 142 Arm. 3.

32) Auf diese Gefahr weist auch das BVerwG, Ur. v. 29.6.1957, BVerwGE 5, 153 (158), hin. Vgl. ferner Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 12.

33) Vgl. dazu Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 RdNr. 69.

34) Darauf hat Zeidler, Zur Problematik des Art. 2 Abs. 1 GG, NJW 1954, S. 1068, zu Recht hingewiesen.

35) Vgl. BGH, Gutachten v. 28.4.1952, DVBl. 1953, S. 471 (472); BVerwG, Ur. v. 15.12.1953, BVerwGE 1, 48 (51); BVerfG, Ur. v. 16.1.1957, BVerfGE 6, 32.

lich zu der zweiten Auffassung geführt hat.

Ungeachtet der Frage, ob Art. 2 Abs. 1 GG ein selbständiges Grundrecht ist, was Klein³⁶⁾ entgegen verbreiteter Ansicht bestreitet, kann man diese Ansicht folgendermaßen umreißen:

Da ein uferloses und absolut gesetztes Grundrecht die verfaßte Ordnung sprengen würde, muß jedes Grundrecht in sich selbst begrenzt sein; man hat insoweit von "immanenten Schranken" gesprochen³⁷⁾, ein Ausdruck, der hier bewußt vermieden wird. Wo ein Grundrecht an keinen Vorbehalt gebunden ist, wie etwa Art. 5 Abs. 3 GG, kann es durch konstitutive Regeln von außen nicht eingeschränkt werden. Jedoch können die ihm wesenseigenen Grenzen, gewissermaßen deklaratorisch, aktualisiert werden³⁸⁾. Diese wesensnotwendigen Begrenzungen eines jeden Grundrechts sind in der Verfassung nicht ausdrücklich festgelegt, sie sind jeweils zu ermitteln. Dabei kann als Auslegungsregeln die "Schrankentrias" des Art. 2 Abs. 1 GG herangezogen werden, denn sie enthält diejenigen Grenzen, welche die Einordnung eines Freiheitsrechts in das soziale Gefüge erst ermöglichen³⁹⁾.

Dieser Ansicht ist entschieden der Vorzug zu geben vor der erstgenannten, weil sie deren Schwächen vermeidet. Ihr hat sich im Ergebnis auch das Bundesverwaltungsgericht angeschlossen⁴⁰⁾, nach-

36) v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 2 Anm. III 5b - S. 167; im Ergebnis ebenso Wehrhahn, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 82, S. 250 ff.

37) Vgl. etwa Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 99 f.; v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem. BXV 1b - S. 121 ff.; BVerwG, Urt. v. 5.12.1958, BVerwGE 7, 358 (361).

38) Der Gedanke ist im Apotheken-Urteil des BVerfG vom 11.6.1958, BVerfGE 7, 377 (404), ausgedrückt: "... eine nähere Bestimmung der Grenzen von innen her", "... Sichtbarmachung von Grenzen". Vgl. auch Maunz, a.a.O. (37), S. 100.

39) Im Ergebnis übereinstimmend: v. Mangoldt-Klein, a.a.O. (36), Art. 2 Anm. III 5b - S. 167 f.; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 RdNr. 4 ff.; Hamann, Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 15.12.1953, NJW 1954, S. 614; Ott, Anmerkung zum Urteil des BayObLG v. 22.1.1964, NJW 1964, S. 1149 f.; Ropertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 127 ff.; wohl auch Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 100; Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, S. 122 ff.

40) Urt. v. 5.12.1958, BVerwGE 7, 358 (361), allerdings ohne den Art. 2 Abs. 1 GG zu nennen. Vgl. dazu Bachof, a.a.O. (39), S. 124 f.

dem es zunächst, die unmittelbare Geltung der "Schränkentrias" von Anfang an ablehnend⁴¹⁾, einen recht vagen Gemeinschaftsvorbehalt⁴²⁾ angenommen hatte⁴³⁾.

c) Die Bedeutung des Begriffs "verfassungsmäßige Ordnung"

Von den drei Werten, die somit Grenzpunkte auch der künstlerischen Freiheit bezeichnen, muß vor allem der Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" näher untersucht werden, weil seine Bedeutung in besonderem Maße umstritten ist und weil die Entscheidung über seine Auslegung in unserem Zusammenhang besonders wichtig ist.

Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Januar 1957⁴⁴⁾, die "ziemlich sensationell"⁴⁵⁾ den Leitsatz aufstellte, verfassungsmäßige Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG sei die verfassungsmäßige Rechtsordnung, geht es darum, ob mit diesem Begriff tatsächlich der allgemeine Gesetzesvorbehalt gemeint sei.

Vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts hatte sich die herrschende Meinung auf eine vermittelnde Auffassung eingependelt, die nur bestimmte grundlegende Rechtssätze als Inhalt der verfassungsmäßigen Ordnung anerkannte⁴⁶⁾.

aa) Die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts

Demgegenüber argumentiert das Bundesverfassungsgericht⁴⁷⁾: Art. 2 Abs. 1 GG enthalte ein selbständiges Grundrecht, das die allgemei-

41) Urt. v. 15.2.1953, BVerwGE 1, 48 (51 f.); Urt. v. 10.3.1954, BVerwGE 1, 92 (94); Urt. v. 21.12.1954, BVerwGE 1, 303 (307).

42) Vgl. dazu kritisch Bachof, a.a.O. (39), S. 15 und 124 f.; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 RdNr. 70; BayVGh, Urt. v. 18.2.1955, BayVBl. 1955, S. 26 (29); Maunz, Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 21.12.1954, BayVBl. 1955, S. 215 f. (Maunz will in jedem Fall eine "Güterabwägung" vornehmen).

43) Zuletzt im Urt. v. 21.11.1957, BVerwGE 6, 13 (16 f.), mit Nachweis der Rechtsprechung. Vgl. dazu Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 95.

44) BVerfGE 6, 32 (Elfer-Urteil).

45) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 RdNr. 18.

46) Darüber unterrichtet E.R. Huber, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 135 f. Vgl. auch Popertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 136 ff., Anm. 1.

47) a.a.O. (44), S. 36 ff.

ne menschliche Handlungsfreiheit gewährleiste. Die Bindung an die "verfassungsmäßige Ordnung" könne dann nicht eine Bindung nur an bestimmte elementare Rechtssätze sein; denn der Bürger werde durch jede formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit legitim eingeschränkt. Er sei an die allgemeine Rechtsordnung, soweit sie der Verfassung gemäß sei, gebunden. Gegen den Einwand, diese Auffassung lasse das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG "leerlaufen", wendet das Gericht ein, daß die wertgebundene Ordnung des Grundgesetzes die öffentliche Gewalt einschließlich der Legislative begrenze, die insoweit auch von der Verfassungsgerichtsbarkeit überwacht werde. Dadurch sei gesichert, daß nur verfassungskonforme Normen die Freiheit des Bürgers einschränkten.

bb) Kritik

Die Ansicht des Verfassungsgerichts hat in der Rechtsprechung⁴⁸⁾, vereinzelt auch in der Literatur⁴⁹⁾ Gefolgschaft gefunden⁵⁰⁾. Die Kritik, angeführt von Dürig⁵¹⁾, hält in der Hauptsache⁵²⁾ entgegen, daß die Entscheidung die Rechte Dritter und das Sittengesetz in der "Schränkentrias" des Art. 2 Abs. 1 GG überflüssig mache, daß sie den Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" dogmatisch-systematisch

48) Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 22.5.1958, BVerwGE 6, 354 (356); Urt. v. 27.5.1960, BVerwGE 10, 340 (343 f.); Urt. v. 20.6.1958, BVerwGE 7, 125 (134); Urt. v. 24.10.1957, BVerwGE 5, 291 (292); BGH, Urt. v. 23.6.1961, GoldtArch. 1961, S. 240; VGH Bad.-Württbg., B. v. 9.12.1958, ESVGH 8, 164 (171); ebenso BVerfG, B. v. 3.12.1958, BVerfGE 9, 3 (11).

49) Vgl. Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, insbes. S. 27; Wolfgang Zeidler, Zur Kritik des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957 durch Hamann, BB 1957, S. 342 f., (Der Präsident des BVerfG und einer der wissenschaftlichen Mitarbeiter beim BVerfG stehen naturgemäß eher auf Seiten des Gerichts als der Literatur.); Schnupp, Auskunftsrecht der Polizei, DÖV 1959, S. 175; Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 133.

50) Hamann, der zunächst das Urteil scharf polemisch kritisiert hätte ("Die verfassungsmäßige Ordnung", BB 1957, S. 229 ff. und 343 f.), hielt später (Das Grundgesetz, 2. Auflage 1961, Art. 2 Anm. B 6) die gegenteilige Ansicht für "jedenfalls praktisch überholt".

51) Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 16.1.1957, JZ 1957, S. 169 ff.; ders. in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 RdNr. 18.

52) Die Einwände gegen die - zur Absicherung dienende - Heranziehung der Entstehungsgeschichte (vgl. Dürig, a.a.O. (51), JZ 1957 S. 172) können auf sich beruhen.

falsch interpretiere - nicht die der Verfassung gemäße, sondern die von ihr geforderte Ordnung sei gemeint -, daß sie dem Spezifikum dieses Ausdrucks im Gegensatz zum anderwärts genannten Vorbehalt des Gesetzes (etwa in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG) nicht gerecht werde und daß sie schließlich dem sonst im Grundgesetz üblichen subtilen System der Gesetzesvorbehalte nicht Rechnung trage, wenn sie für den weiten Bereich des Grundrechts in Art. 2 Abs. 1 GG den undifferenzierten allgemeinen Vorbehalt annehme⁵³⁾.

Die geltend gemachten Bedenken lassen das Urteil zu glatt und zu summarisch erscheinen. Der Ausgangspunkt der Begründung, die Behauptung, der Bürger werde in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit legitim eingeschränkt durch alle verfassungsmäßigen Rechtsnormen, sagt gerade darüber nichts aus, wann eine die Handlungsfreiheit beschränkende Norm (noch) verfassungsgemäß ist⁵⁴⁾. Das fällt umso schwerer ins Gewicht, als eben die Möglichkeiten, von dieser allgemeinen Freiheit Gebrauch zu machen, sehr vielfältig sind.

Einer eingehenden Auseinandersetzung mit der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts bedarf es für unser Thema nicht; denn das Gericht hat seine Interpretation ausdrücklich auf das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG beschränkt, um dessen Begrenzung es allein ging⁵⁵⁾. Soweit aus der verfassungsmäßigen Ordnung Grenzen anderer Grundrechte erkannt werden können, ist die Auslegung auch für den noch offen, der dem Urteil zustimmt, wenngleich die praktische Anwendung der Rechtsgütertrias des Art. 2 Abs. 1 GG als Auslegungsregel imma-

53) Die Aufzählung folgt Dürig, a.a.O. (51). Vgl. ferner: Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 103 f.; Rhode-Liebenau, Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige Ordnung, NJW 1957, S. 817 f. (über die Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 1 GG); ders., Grundrechte und Polizei, DÖV 1957, S. 472; Reissmüller, Besprechung von: Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, JZ 1959, S. 582; Schätzler, Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige Ordnung, NJW 1957, S. 818 f.; vgl. auch Hamann, a.a.O. (50).

54) Darauf hat Schätzler, a.a.O. (53), S. 819, zu Recht hingewiesen.

55) BVerfGE 6, 32 (36 f.): Art. 2 Abs. 1 GG ist "ein selbständiges Grundrecht". Bei den speziellen Grundrechten "hat die Verfassung durch abgestufte Gesetzesvorbehalte abgegrenzt, in welchem Umfang in den jeweiligen Grundrechtsbereich eingegriffen werden kann".

nenter Grenzen "gefährlich" geworden ist⁵⁶⁾. Da sie aber näher am Text der Verfassung liegt als alle anderen Versuche, wird sie beibehalten⁵⁷⁾.

d) Die Einordnungsgrenzen des Art. 5 Abs. 3 GG

Grenzen eines Grundrechts, das keiner positiv formulierten Beschränkungsmöglichkeit unterliegt, wie die uns interessierende Freiheit der Kunst, ergeben sich nur aus der Einfügung in die Verfassung als Grundordnung des Staates⁵⁸⁾. Diese darf durch den Gebrauch eines Rechts nicht gesprengt werden.

aa) Die Rechte Dritter

Von hier aus stößt man zwingend auf die als Begrenzungslinie nie angezweifelte "Rechte anderer", worunter alle subjektiven privaten und öffentlichen Rechte der Mitmenschen zu verstehen sind⁵⁹⁾. Solche Rechte stehen auch den juristischen Personen des Privatrechts zu; dagegen werden dem Staat und juristischen Personen des öffentlichen Rechts nur Privatrechte zuerkannt⁶⁰⁾.

Gegenüber dem infolge fehlenden Gesetzesvorbehaltes sehr stark abgesicherten Grundrecht der Kunstfreiheit markieren die privaten Rechte Dritter, die auch durch eine künstlerische Tätigkeit nicht verletzt werden dürfen, Grenzpunkte, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß die Privatrechtsnormen ihrerseits von der Grundrechtsordnung geprägt werden⁶¹⁾. Was die Begrenzung durch andere

56) Vgl. Dürig, Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 16.1.1957, JZ 1957, S. 173; ders. in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 RdNr. 70; BVerwG, Urt. v. 29.6.1957, BVerwGE 5, 153 (158).

57) Ebenso Roepertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 127 ff.

58) Dürig in: Maunz-Dürig, a.a.O. (56), spricht von "jedermann objektiv erkennbaren Nichtstörungsschranken". Vgl. auch BGH, Urt. v. 24.10.1962, BGHZ 38, 317 (320).

59) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 RdNr. 13.

60) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 RdNr. 14; a.A. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 2 Anm. IV 1a - S. 178, der auch staatliche Monopolrechte, Regale und die Rechte auf Steuern, Gebühren, Abgaben u.ä. hierher rechnet; Hamann, Das Grundgesetz, Art. 2 Anm. B 5, der den Staat auch als Inhaber privater Rechte (z.B. Eigentum) nicht als "anderen" im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG anerkennen will.

61) Vgl. BVerfG, Urt. v. 15.1.1958, BVerfGE 7, 198 (Lüth-Urteil).

Grundrechte angeht, so ist zu bedenken, daß die Kunstfreiheit besonders weitgehend gewährleistet ist; die Berufung darauf erfolgt soweit zu Recht, als nicht die Verwirklichung des kollidierenden Grundrechts aufgehoben wird.

bb) Das Sittengesetz

Auch das Sittengesetz ist unzweifelhaft und unbestritten eine Begrenzung aller Grundrechte, da jedes Recht ethisch begründet ist und denaturiert, wo diese Grenze, etwa in "unzulässiger Rechtsausübung", überschritten wird⁶²⁾. Die Konkretisierung des Begriffs "Sittengesetz" bereitet Schwierigkeiten⁶³⁾. Es handelt sich um allgemein anerkannte sittliche Normen, die zur Wahrung des Eigenwertes der Person und der Gemeinschaft erforderlich sind⁶⁴⁾. Dazu rechnen auch "herrschende", d.h. allgemein als verbindlich gewertete und grundlegende Moralvorstellungen, vor allem auf geschlechtlichem Gebiet⁶⁵⁾; man hat jedoch zu berücksichtigen, was die Gerichte nicht immer tun, daß sich die Normen des Sittengesetzes wandeln können⁶⁶⁾.

Gerade wenn man, wie hier geschehen, Moralvorstellungen in den Begriff des Sittengesetzes einbezieht, ist es wichtig⁶⁷⁾, auf folgendes hinzuweisen: Die künstlerische Darstellung verstößt nicht gegen das Sittengesetz, wenn sie Gegenstände behandelt, die ihm widerstreiten. Wo solche Stoffe ohne jede künstlerische Absicht wie-

62) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 2 RdNr. 16 und 74, dem wir uns im wesentlichen anschließen.

63) Vgl. v.Mangoldt-Klein, a.a.O. (60), Anm. IV 3; Wernicke im Bonner Kommentar, Art. 2 Anm. II 1b; Hamann, a.a.O. (60), Anm. 7, jeweils mit weiteren Nachweisen; BVerfG, Urt. v. 10.5.1957, BVerfGE 6, 389 (434 ff.).

64) Vgl. Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, S. 25; ähnlich BVerwG, Urt. v. 21.12.1954, BVerwGE 1, 303 (307): "... Sittengesetz im Sinne der allgemeinen grundlegenden Anschauungen über die ethische Gebundenheit des einzelnen in der Gemeinschaft".

65) Vgl. OVG Hamburg, B. v. 20.4.1953, DVBl. 1953, S. 536 (Leitsatz und S. 538).

66) Vgl. Wernicke, a.a.O. (63); Übertrieben: LVG Hamburg, Urt. v. 23.6.1952, MDR 1953, S. 125 (126): Sittengesetz = "... ethische Normen, die für alle Zeiten für den Menschen gelten". Dazu Ridder, Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 285 Anm. 142.

67) Denn es ist eben die Moral gewesen, mit welcher die Kunst immer wieder in Konflikt geraten ist; vgl. Marcuse, obszön.

dergegeben werden, handelt es sich nicht mehr um Kunst. Solange diese Grenze nicht überschritten ist, ist die Freiheit des Art. 5 Abs. 3 GG durch den Inhalt der künstlerischen Äußerung grundsätzlich nicht begrenzt. Sie kann Gegenstände darstellen, welche vom Sittengesetz mißbilligt werden, strafbar oder moralisch verwerflich sind, ohne daß sie dadurch bereits die Grenze des Freiheitsrechts überschreiten würde⁶⁸⁾. Das ist erst dann der Fall, wenn mit der Darstellung ein entsprechender Zweck verfolgt wird. Dann handelt es sich nicht mehr um Kunst. Dafür liefert die Art der Darstellung objektive Anhaltspunkte, nicht aber der Inhalt der Darstellung. Kunst kann nicht nach dem Dargestellten bewertet werden, weil auch der Vorwurf des Künstlers letztlich nur Stoff seiner Äußerung ist. Das ist gegenüber weitverbreiteter Praxis der Behörden, die sich dabei allerdings mit einer gewissen Berechtigung auf die Ansicht des Durchschnittsbürger berufen können, mit Nachdruck zu betonen⁶⁹⁾.

e) Speziell: Die verfassungsmäßige Ordnung

Solches muß man auch für die Grenzen des Freiheitsrechtes im Auge behalten, die aus der verfassungsmäßigen Ordnung abzuleiten sind. Auch sie folgen aus der notwendigen Einfügung der Grundrechte in die allgemeine Ordnung. Diejenigen Ordnungsnormen, "die in allen Kulturstaaten zur Wahrung eines gedeihlichen Zusammenlebens unerläßlich sind"⁷⁰⁾, begrenzen also wie jedes andere Grundrecht auch die künstlerische Freiheit des Art. 5 Abs. 3 GG. Allgemein sind damit zunächst die grundlegenden Verfassungsbestimmungen erfaßt, welche die Ordnung unseres Staates konstituieren; man kann sie wohl aus Art. 79 Abs. 3 GG entnehmen. Sucht man die Grenzen der Kunstfreiheit, so bewegt man sich hier noch in ruhigen Gewässern. Sie werden jedoch sogleich rauher, wenn man in den Bezirk des Strafrechts und der Polizei gelangt.

68) Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.12.1954, BVerwGE 1, 303 (307 f.); Ropertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 98 ff.

69) Der jüngste einschlägige Fall dürfte das Urteil der 14. Großen Strafkammer des LG Berlin vom 1.7.1964 gegen den Maler Georg Baselitz (bürgerlich: Hans-Georg Kern) und zwei Galeriebesitzer sein; vgl. dazu den Bericht von Lucie Schauer, "Nicht die große Nacht, die Kunst ist hier im Eimer", Die Welt v. 2.7.1964, S.18.

70) Dürig in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 RdNr. 75.

aa) Die Normen des Kriminalstrafrechts

Gemeinhin wird den Normen des Strafrechts eine "allgemeine Sperrwirkung gegenüber jeglicher Grundrechtsausübung"⁷¹⁾ beigemessen, sie sollen jedes Grundrecht begrenzen⁷²⁾. Das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig; denn diese Ansicht würde es ermöglichen, durch Pönalisierung bestimmter Sachverhalte die Grundrechte weitgehend einzuschränken, die Strafbewehrung einer Vorschrift geradezu zum Kriterium ihrer Verfassungsmäßigkeit machen. In Wahrheit können nur diejenigen Strafrechtsnormen Grenzen aller Grundrechte sein, die materielles Kriminalunrecht betreffen⁷³⁾. Damit wird allerdings an einen Begriff, nämlich den des "crimen", angeknüpft, der umstritten ist⁷⁴⁾. Man wird letztlich darauf abstellen müssen, was sich im Bewußtsein der Allgemeinheit als kriminelles Unrecht darstellt⁷⁵⁾, ein allerdings nicht sonderlich befriedigender Maßstab⁷⁶⁾.

71) Dürig, a.a.O. (70), RdNr. 76.

72) Vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 110 (in bezug auf Art. 5 Abs. 3 GG); Roepertz, a.a.O. (68), S. 140.

73) Vgl. Dürig, a.a.O. (70), RdNr. 76; Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4, S. 53.

74) Darauf weist Roepertz, a.a.O. (68), 141, zu Recht hin. Vgl. etwa Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem. zum Allgemeinen Teil I - S. 9 ff.

75) So Dürig, a.a.O. (70), RdNr. 76.

76) Roepertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 141, hält dieses Kriterium für "ungenügend, wenn nicht gar verfehlt". Denn es sei gerade der Sinn der Grundrechte, einen "Ausgrenzungsbereich" zu schaffen, der unabhängig sei von der staatlichen Macht und der Beurteilung der Rechtsgenossen. Damit verwendet Roepertz einen Grundrechtsbegriff (vgl. auch a.a.O., S. 94), den wir für unrichtig halten. Die Grundrechte sind nicht nur Ausgrenzungen, sondern auch; und in erster Linie, verfaßte Ordnungsbereiche; sie sind keine absolut staatsfreien Räume, sondern konstituierender Teil des Gemeinwesens (vgl. Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4, S. 48; Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AÖR 77, S. 220; Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 112; Häberle, Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 70 f.). Daß Roepertz' Ansicht unrichtig ist, zeigt sich schon daran, daß er das Sittengesetz als Grenze des Grundrechts anerkennt und hierbei auch auf die "allgemeinen grundlegenden Anschauungen" rekurriert, also gerade die von ihm geforderte Ausgrenzung opfert.

bb) Die polizeiliche Generalklausel

Soweit es sich um solche strafrechtlich typisierten Störungstatbestände handelt, kann auch die Aufgabe der Polizei nicht zweifelhaft sein. Die Problematik des Verhältnisses von Polizei und Grundrechten beginnt erst jenseits der Grenze des echten Kriminalstrafrechts: Gehört die polizeiliche Generalklausel zur verfassungsmäßigen Ordnung als Auslegungsregel zur Ermittlung von immanenten Grenzen der Grundrechte?

Daß die polizeiliche Generalermächtigung die Grundrechte begrenze, stößt auf Bedenken. Dieses Denken führe "unweigerlich zur Annahme der Gegebenheit eines Polizeistaates"⁷⁷⁾, zur "praktischen Aufhebung der Grundrechte"⁷⁸⁾, die Grundrechte würden erneut "leerlaufende Rechte"⁷⁹⁾. Es genügt jedoch nicht, bei solchen Behauptungen stehen zu bleiben und nur die Gefahren der polizeilichen Begrenzung von Grundrechten zu sehen. Da es offenbar Fälle gibt, in denen die Inanspruchnahme eines grundgesetzlichen Freiheitsrechts zwar nicht kriminelles Unrecht, wohl aber eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, d.h. der Voraussetzungen menschlichen Zusammenlebens darstellt, muß eine Lösung gefunden werden, die beiden Werten gerecht wird⁸⁰⁾. Das kann letztlich nur durch ein wechselseitiges Inbezugsetzen geschehen, wie es bereits dadurch geschehen ist, daß die Grundrechte der verfassungsmäßigen Ordnung zugeordnet werden. So bleibt die Frage, ob der Sachbereich dessen, was man mit "öffentlicher Sicherheit und Ordnung" umschreibt, zu jenem Minimum an Ordnung gehört, ohne das ein Gemeinwesen nicht existenzfähig erscheint. Das läßt sich nicht auf die (kriminal-)strafrechtlich geschützte Ordnung beschränken; es gilt auch für Ordnungsprinzipien, die nicht strafbewehrt und auch nicht positivierbar sind. Hier ist das Gebiet, das - gewiß vage und dehnbar⁸¹⁾ - mit der polizeilichen Generalklausel umschrieben wird.

77) Beyer, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 1.2.1954, NJW 1954, S. 713.

78) Löffler, Darf die Verwaltung in das Grundrecht der Pressefreiheit eingreifen? DÖV 1957, S. 899.

79) Rhode-Liebenau, Grundrechte und Polizei, DÖV 1957, S. 473.

80) Darauf weist Dürig in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 RdNr. 81 Anm. 3, gegen die Kritiker seiner Ansicht zu Recht hin. Die Klausel der "öffentlichen Ordnung und Sicherheit" als "Magna Charta aller totalitären Staaten" zu bezeichnen, wie dies Löffler, a.a.O. (78), tut, ist allzu einseitig.

81) Löffler, a.a.O. (78).

Zur Verdeutlichung sei wiederholt, daß die öffentliche Ordnung entscheidend durch die geschriebene Verfassung und somit auch durch die Grundrechte bestimmt wird⁸²⁾. Sie ist also etwa konkretisiert durch die Freiheit der Kunst. Künstlerische Tätigkeit ist daher grundsätzlich nicht ordnungsstörend. Da ihr die Verfassung ein besonderes Maß an Freiheit eingeräumt hat, sind Einschränkungen anderer Elemente dieser Ordnung durch sie solange keine Verletzung, als diese anderen Ordnungselemente nicht aufgehoben werden. Erst wenn das droht, sind polizeiliche Maßnahmen gerechtfertigt⁸³⁾.

Damit sind allerdings die praktischen Bedenken nicht ausgeräumt: Die Polizeibehörden können, gestützt allein auf die polizeiliche Generalermächtigung, gegen ein Verhalten vorgehen, das sich, scheinbar zu Recht, auf ein nicht einschränkbares Grundrecht be-ruht. Die Gefahr von Mißgriffen, gerade auch im Bereich künstlerischer Tätigkeit, soll nicht bagatellisiert werden; doch erscheint es andererseits auch falsch, das Gespenst des Polizeistaates zu beschwören⁸⁴⁾.

Nicht um Begrenzung einer Grundrechtsbetätigung, sondern um deren Beschränkung handelt es sich, wenn die Polizeibehörden gegen einen Nichtstörer vorgehen oder wenn andere als das zur Störung mißbrauchte Grundrecht im Wege polizeilichen Zwangs beschränkt werden. Hier bedarf es gesetzlicher Ermächtigung, die eben bei nicht beschränk-
baren Grundrechten fehlen muß⁸⁵⁾. Daher kann etwa die Aufführung eines Theaterstückes oder eines Films, vorausgesetzt, daß es sich dabei um Kunst handelt, nicht deshalb durch die Polizei untersagt werden, weil es zu größeren Demonstrationen dagegen kommt⁸⁶⁾. Die

- 82) So auch Rhode-Liebenau, a.a.O. (79), der aber verkennt, daß nicht nur die Grundrechte die öffentliche Ordnung bestimmen, sondern aus der öffentlichen Ordnung gleichzeitig Grenzen der Grundrechte folgen. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 112, spricht von den Grundrechten als "konstitutiven Momenten der verfassungsmäßigen Ordnung".
- 83) Im Ergebnis ebenso Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 RdNr. 82; Roepertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 142 ff.
- 84) Vgl. Löffler, a.a.O. (78); Beyer, a.a.O. (77); dagegen weist Dürig, a.a.O. (80), RdNr. 80 f., auf die bestehenden rechts-staatlichen Sicherungen des Polizeirechts hin.
- 85) So Dürig, a.a.O. (80), RdNr. 83 und 85.
- 86) A.A. Rothenbücher, Bemerkungen zu zwei Urteilen des Thüringischen Oberverwaltungsgerichts über das Verbot einer Theater-aufführung, VerwArch. 36, S. 245; ders., Über einen Fall der Präventivpolizei und die Theaterzensur, in: Festgabe für F. Fleiner, S. 228; ProVG, Urt. v. 27.9.1923, OVG 78,272 (277).

Polizeibehörden sind vielmehr unter allen Umständen verpflichtet, Störungen der öffentlichen Ordnung, welche sich als Angriffe auf die künstlerische Freiheit darstellen, zu beseitigen, ohne gerade diese Freiheit zu beschränken⁸⁷⁾.

3. Zusammenfassung

Wir können demnach die Frage nach den rechtlichen "Beschränkungen" der künstlerischen Tätigkeit zusammenfassend folgendermaßen beantworten: Künstlerische Tätigkeit unterliegt keiner sie von außen einschränkenden gesetzlichen Regelung. Sie ist aber nur innerhalb der Grenzen, die sich in Anlehnung an die "Schränkentrias" des Art. 2 Abs. 1 GG aus den Rechten Dritter, dem Sittengesetz und der verfassungsmäßigen Ordnung ergeben, Betätigung der Kunstfreiheit. Diese Grenzen sind als die Voraussetzungen einer Einordnung dieses Lebensbereichs in die Verfassung des staatlichen Gemeinwesens zu begreifen.

4. Exkurs: Die Prüfungsgrundsätze der Freiwilligen Selbstkontrolle der Filmwirtschaft als Begrenzung der Kunstfreiheit

Das ermittelte Ergebnis soll im folgenden als Maßstab einer Prüfung der Grundsätze der Freiwilligen Selbstkontrolle der Filmwirtschaft dienen.

a) Die Grundlagen der allgemeinen Prüfungstätigkeit der FSK

Diese bilden die Grundlage der von dieser Einrichtung ausgeübten

87) Im Ergebnis übereinstimmend: Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 264 (Filmaufführung ist zu schützen), obwohl das Vorgehen gegen den Nichtstörer nicht generell verneint wird. Ähnlich Berthold-v.Hartlieb, Filmrecht, S. 243 f.: polizeiliche Tätigkeit darf sich "ausnahmsweise - z.B. im Notstandsfall -" gegen den Nichtstörer richten. - Ein kurzfristiges, vorübergehendes Eingreifen in das Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG könnte man im äußersten Notfall wohl für gerechtfertigt halten, wenn es notwendig ist, um die Bedingungen künstlerischer Freiheit wiederherzustellen und zu sichern. So auch Berthold-v.Hartlieb, a.a.O.; Knapp, Die Zulässigkeit der Filmzensur und ihre Ausübung durch die "Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft", S. 99.

Filmzensur und stellen derzeit wohl das praktisch bedeutendste Beispiel einer den künstlerischen Bereich berührenden Kontrolle dar. Es handelt sich allerdings nicht um eine staatliche Kontrolle, denn die Tätigkeit der Freiwilligen Selbstkontrolle beruht auf privater Vereinbarung⁸⁸⁾. Darauf kann es jedoch nicht entscheidend ankommen. Denn da die Unterwerfung unter die Zensurgewalt der Freiwilligen Selbstkontrolle (FSK) nicht auf einer echt freiwilligen Entscheidung des Betroffenen beruht⁸⁹⁾ und die FSK sich als "pluralistisch-nebenstaatliche Zensurinstanz"⁹⁰⁾ darstellt, ist ihre Spruchpraxis ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG, wenn sie die Freiheit der Kunst beschränkt^{91, 92)}.

- 88) Vgl. Johanne Moltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S.128; Knapp, a.a.O. (87), S. 58 f., der allerdings ihre Tätigkeit als Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben ansieht; Stümmer, Film-selbstkontrolle, BayVBl. 1959, S. 106; Robertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 167; BVerwG, Urt. v. 21.12.1954, BVerwGE 1, 303 (304: privatrechtlicher Verband); LVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 29.5.1952, VerwRSpr. 4, S. 733 (736). Vgl. auch Ridder, Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 280 f.
- 89) Das ist durch Johanne Moltenius, a.a.O. (88), S. 124 ff., überzeugend dargelegt; zustimmend Stümmer, a.a.O. (88). A.A. v. Man-goldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 5 Anm. VIII 4 - S. 247 f.; Zinn-Stein, Die Verfassung des Landes Hessen, Art.11 Anm. 8; Berthold-v.Hartlieb, Filmrecht, S. 244 ff.; v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 68 ff.; ders., Die rechtliche, insbesondere die verfassungsrechtliche Seite der Selbstkontrolle, in: Selbstkontrolle von Presse, Funk und Film, S. 21, ohne durchschlagende Begründung. - Entscheidend ist nicht, daß die FSK in ihrer derzeitigen Form auf dem relativ - weil durch die im Hintergrund dräuende staatliche Zensurbehörde beeinflussten - freien Willen der Filmwirtschaft beruht, sondern daß es wegen der privatrechtlichen, vor allem wirtschaftlichen Sanktionen praktisch unmöglich ist, einen nicht von der FSK freigegebenen Film vorzuführen. Vgl. dazu auch Knapp, a.a.O. (87), S. 91, der allerdings meint, die FSK habe "wohl" keine Zwangsgewalt (a.a.O., S. 73).
- 90) Johanne Moltenius, a.a.O. (88), S. 128. Vgl. dazu Berthold-v.Hartlieb, Filmrecht, S. 253: die FSK solle dafür sorgen, "daß sich die Filmfreigabe im Einklang mit der allgemeinen öffentlichen Meinung vollzieht".
- 91) Art. 5 Abs. 3 GG ist nicht nur ein gegen den Staat gerichtetes individualistisches Grundrecht, sondern gewährleistet der Kunst auch Freiheit von einer Kontrolle durch soziale Mächte. Vgl. oben, S. 171 ff. Abzulehnen daher die Argumentation von Robertz, a.a.O. (88), S. 167 Anm. 3.
- 92) Offen bleibt die ganz andere Frage, ob nicht etwa die von der FSK geübte V o r - Zensur generell unzulässig ist. Aus der Besonderheit der Filmwirtschaft könnten sich Gesichtspunkte ergeben, die zur Verneinung der Frage führen. Vgl.dazu Johanne Moltenius, a.a.O. (88), S. 13 ff. und 118 ff.

"Aufgabe der FSK ist es zu verhindern, daß der Film ... negative Einflüsse auf moralischem, religiösem und politischem Gebiet ausübt"⁹³⁾. Demgemäß bestimmen die Grundsätze in A II 1:

"Es soll kein Film hergestellt, verliehen und öffentlich vorgeführt werden, der gegen die nachstehenden Richtlinien verstößt:

Kein Film soll Themen, Handlungen oder Situationen darstellen, die geeignet sind

- a) das sittliche oder religiöse Empfinden zu verletzen, ent-sittlichend oder verrohrend zu wirken;
- b) antidemokratische (nationalsozialistische, bolschewistische u.ä.), militaristische, imperialistische, nationalis-tische oder rassenhetzerische Tendenzen zu fördern;
- c) die Beziehungen Deutschlands zu anderen Staaten zu gefährden oder das Ansehen Deutschlands im Ausland herabzuwür-digen;
- d) die verfassungsmäßigen und rechtsstaatlichen Grundlagen des deutschen Volkes in seiner Gesamtheit und in seinen Ländern zu gefährden oder herabzuwürdigen;
- e) durch ausgesprochen propagandistische oder tendenziöse Be-leuchtung geschichtliche Tatsachen zu verfälschen; die ver-änderte Darstellung geschichtlicher Vorgänge im Sinne der notwendigen Freiheit künstlerischen Gestaltens wird hier-von nicht berührt.

Entscheidend für die Anwendung dieser Bestimmung ist die Wir-kung der unter a) bis e) genannten Darstellungen, nicht deren Inhalt oder die Darstellung als solche."

In A II 3 der Grundsätze heißt es dann:

"Kein Film darf aus persönlichen Gründen oder aus Gründen der

93) Nr. A I der Grundsätze der Freiwilligen Selbstkontrolle der Filmwirtschaft (Beschuß der Kultusministerkonferenz vom 4./5.12.1959, Sammlung der Beschlüsse der Ständigen Konferenz der Kultusminister, Nr. 2070). Wie Knapp, a.a.O. (87), S. 70, demgegenüber behaupten kann, die Tätigkeit der FSK sei nicht durch das Bestreben gekennzeichnet, eine Zensur auszuüben, sondern die Vorführung der Filme zu ermöglichen, bleibt unerfindlich.

künstlerischen Geschmacksrichtung abgelehnt werden; auch dürfen aus diesen Gründen keine Änderungen verlangt werden."

Diese letztere Bestimmung dient gewissenmaßen als Alibi gegen den Vorwurf, die FSK beschränke die künstlerische Freiheit⁹⁴⁾. Doch das Alibi hat Lücken. Denn es belegt nur, daß filmkünstlerische Gründe Maßnahmen gegen einen Film nicht rechtfertigen können⁹⁵⁾. Das eigentliche Problem der Kunstfreiheit besteht indessen darin, inwieweit aus nichtkünstlerischen Motiven die Freiheit im Schaffen und Zeigen "eingeschränkt" werden darf. Wie vorstehend dargelegt, ist dies nur insoweit rechtmäßig, als die Grenzen des Grundrechts aktualisiert werden. Geschieht dies durch die in den Grundsätzen niedergelegten Kriterien der von der FSK durchgeführten Wirkungszensur?⁹⁶⁾

b) Das Problem der Wirkungszensur

Anknüpfungspunkt der Begutachtung der FSK ist nicht die filmische Darstellung als solche, also die Frage, ob der betreffende Film die Rechte Dritter, das Sittengesetz oder die verfassungsmäßige Ordnung verletzt und sich darum, auch wenn er ein Kunstwerk ist, nicht auf das Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG berufen kann. Vielmehr kommt es darauf an, welche Reaktionen der Film, voraussichtlich, beim Publikum hervorrufen wird⁹⁷⁾. Unerheblich sind somit Absicht, Inhalt und Tendenz des geprüften Films⁹⁸⁾. Das ist einerseits gewiß eine wertvolle Abgrenzung gegenüber der Gefahr einer Gesinnungszensur, andererseits legt es die Frage nahe, ob nicht

94) Vgl. Stümmer, Fragen der allgemeinen Filmfreigabe, DVBl. 1960, S.78; v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 76; ders., Die rechtliche, insbesondere die verfassungsrechtliche Seite der Selbstkontrolle, in: Selbstkontrolle in Presse, Funk und Film, S. 23 (wörtlich übereinstimmend).

95) Vgl. dazu Kalb, Der Jugendschutz bei Film und Fernsehen, S. 205.

96) Vgl. Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 41 ff.; Stümmer, Filmselfkontrolle, BayVBl. 1959, S. 106; ProVG, Urt. v. 19.6.1905, OVG 47, 332 (334 f.).

97) Vgl. Nr. A II 1 (a.E.) der Grundsätze der FSK, a.a.O. (93); Berthold-v.Hartlieb, Filmrecht, S. 257 ff.; v.Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S.80 ff.

98) Vgl. v.Hartlieb, a.a.O. (97), S. 83; Stümmer, Fragen der allgemeinen Filmfreigabe, DVBl. 1960, S. 79.

die künstlerische Freiheit auch dadurch berührt wird, daß ein in künstlerischer Absicht gestaltetes Werk um seiner Nebenwirkung auf das Publikum willen behindert wird.

Durch die Wirkungszensur wird die künstlerische Tätigkeit an Maßstäben gemessen, die von außen an sie herangetragen werden⁹⁹⁾. Theoretisch ist es ohne weiteres denkbar, daß ein Filmkunstwerk, das sich zweifellos in den Grenzen des Art. 5 Abs. 3 GG hält, die Freiwillige Selbstkontrolle nicht passiert, weil der Ausschuß befürchtet, seine Aufführung werde das Ansehen Deutschlands im Ausland herabwürdigen (etwa ein KZ-Film) oder das religiöse Empfinden verletzen (etwa ein Film über eine Wunder-Erscheinung). Es muß aber gerade als verfassungswidriger Verstoß gegen die künstlerische Freiheit angesehen werden, wenn künstlerische Tätigkeit nicht aufgrund von Tatsachen, die, in ihr selbst liegend, sie begrenzen, sondern aufgrund von Wirkungen, die sie nicht kontrolliert, beschränkt wird¹⁰⁰⁾.

Überprüft man die in den fünf Richtlinien der Grundsätze niedergelegten Schranken, so ergibt sich, daß nur der unter e) genannte Maßstab unbedenklich ist. Denn hier wird das Mittel genannt, das, im Film selbst enthalten, die zu verhindernde Wirkung hervorruft: "ausgesprochen propagandistische oder tendenziöse Beleuchtung". Das deutet auf gewollte Unwahrheit hin und sprengt daher bereits den Rahmen der Kunst¹⁰¹⁾.

Die vier übrigen Punkte geben nach ihrem Wortlaut Anlaß zu Bedenken. Denn dort wird allein darauf abgestellt, ob sie geeignet sind, die genannte Wirkung hervorzurufen. Der Hinweis, daß diese Bestimmungen Vorschriften des Strafgesetzbuches anklingen lassen (§§ 184

99) Zur generellen Rechtfertigung der Wirkungszensur vgl. Knapp, Die Zulässigkeit der Filmzensur und ihre Ausübung durch die "Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft", S. 24 und 37, der allerdings das - immerhin mögliche - künstlerische Moment überhaupt nicht behandelt.

100) Knapp, a.a.O. (99), S. 69, meint, die Polizei (und an ihrer Stelle die FSK) sei dafür zuständig, den Mißbrauch kultureller Werte in seinen äußerlichen Auswirkungen zu verhindern. Das setzt aber eben die Feststellung eines solchen Mißbrauchs voraus. Dieser läßt sich nicht generell aus gewissen Auswirkungen folgern.

101) Vgl. dazu unten, S. 237.

und 166 sowie die Staatsschutzbestimmungen des StGB)¹⁰²⁾, geht fehl, weil die Richtlinien der FSK das Mittel zur Verfolgung dieser Ziele nicht nennen und dadurch gegenüber den - teilweise auch schon sehr weiten - Strafbestimmungen geradezu uferlos erscheinen. Das wird etwa am Beispiel der Verletzung des religiösen Empfindens deutlich: Ein Film verstößt gegen § 166 StGB, wenn er "in beschimpfenden Äußerungen Gott lästert" oder "eine der christlichen Kirchen oder eine andere im Staate bestehende Religionsgemeinschaft des öffentlichen Rechtes oder ihre Einrichtungen oder Gebräuche beschimpft". Die Verletzungshandlung liegt im Film, nämlich das Beschimpfen. Infolgedessen ist ein solcher Film auch geeignet, das religiöse Empfinden zu verletzen. Was aber soll es demgegenüber bedeuten, daß ein Film nicht Themen, Handlungen und Situationen darstellen darf, "die geeignet sind, das religiöse Empfinden zu verletzen", und es dabei nur auf die Wirkung ankomme, welche dieser Film beim Publikum hervorruft? Man kann dies nur so verstehen, daß auch ein Film, der nicht gegen § 166 StGB verstößt, geeignet sein kann, das religiöse Empfinden zu verletzen. Das bedeutet weiter, daß die Beurteilung nicht vom Film her, sondern vom Publikum her erfolgt.

Man kann zwar das Tatbestandsmerkmal der Beschimpfung und ebenso der Unzüchtigkeit im Sinne des § 184 StGB wesensnotwendig nur vom Eindruck eines Dritten her beurteilen. Aber die strafrechtliche Würdigung knüpft doch immer an eine Eigenschaft des Werkes selbst an, welche den fraglichen Eindruck bei Dritten hervorrufen muß, um vorhanden zu sein. Sie schaut auf das Werk; die FSK dagegen schaut, geht man von ihren Grundsätzen aus, auf das Publikum. Damit wird einem Filmkunstwerk Rücksichtnahme auf die Reaktionen des Publikums abverlangt. Das ist eine Beschränkung der künstlerischen Freiheit, die über die wesensmäßige Begrenzung des Grundrechts, wie sie sich aus seiner notwendigen Einordnung in die Verfassungsordnung ergibt, hinausgeht¹⁰³⁾.

102) Vgl. v.Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, UFITA Heft 15, S. 75 f.

103) Vgl. Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4, S. 23: Bedenken gegen das Merkmal der bloßen Eignung.

Die Wirkungszensur der Freiwilligen Selbstkontrolle, wie sie Nr. A I 1 a - d) der Grundsätze festlegt, ist daher verfassungswidrig, soweit ihr auch Filmkunstwerke unterliegen.

c) Die Spruchpraxis der FSK

Soweit sich die Spruchpraxis der FSK, die ihre Entscheidungen nicht veröffentlicht¹⁰⁴⁾, übersehen läßt¹⁰⁵⁾, gewinnt man allerdings den Eindruck, daß die Ausschüsse bisher den Grundsatz der ausschließlichen Wirkungszensur nicht konsequent durchführen, vielmehr gerade den Inhalt des Films und die Darstellung als solche beurteilen. Vor allem der Hauptausschuß und der Rechtsausschuß stellen bei der Prüfung von Filmszenen, welche an sich geeignet sein könnten, entsittlichend oder verrohrend zu wirken, inkriminierte Tendenzen zu fördern oder schutzwürdige Werte herabzuwürdigen, darauf ab, ob diese Szenen dramaturgisch begründet sind, ob die Tendenz des Filmes positiv oder negativ ist. Die Untersuchung geht offenbar in aller Regel von der Absicht des Films aus und von seiner künstlerischen Gestaltung und schließt recht stereotyp aus einem insoweit positiven Befund auch auf eine positive Wirkung beim Publikum und umgekehrt¹⁰⁶⁾. Daß dies eine sicher nicht stets zutreffende Annahme ist, liegt fast auf der Hand. Sie ermöglicht indessen der FSK eine Beurteilung des Films selbst und vermindert die Bedeutung der Voraussage über seine Wirkung beim Publikum.

Ungeachtet der Gefahr, daß die FSK infolge ihrer Zusammensetzung gewisse Tabus schafft¹⁰⁷⁾, die Erscheinungen des gegenwärtigen öffentlichen Lebens konform sind¹⁰⁸⁾, kann man wohl feststellen, daß ihre Praxis bei der Prüfung künstlerischer Filme sich eher im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 GG hält als der Wortlaut ihrer Grundsätze.

104) Vgl. Johanne Moltenius, a.a.O. (96), S. 28.

105) Vgl. die Angaben bei v.Hartlieb, a.a.O. (102), S. 77 ff.; vgl. ferner Berthold-v.Hartlieb, Filmrecht, S. 252 ff.; Kalb, Der Jugendschutz bei Film und Fernsehen, insbes. S. 201 ff.

106) Vgl. Kalb, a.a.O. (105), S. 206 und 222 f.; v.Hartlieb, a.a.O. (102), S. 78, 80 und 81 (Blasphemie - Voraussetzung einer Verletzung des religiösen Empfindens); Berthold-v.Hartlieb, Filmrecht, S. 261.

107) Darauf weist Johanne Moltenius, a.a.O. (96), S. 219, hin.

108) So werden nach Berthold-v.Hartlieb, Filmrecht, S. 267, "bei der Darstellung geistlicher Würdenträger oder religiöser Bräuche in Filmen ... relativ strenge Maßstäbe angelegt", und die Spruchpraxis nimmt "weitgehend auf die Meinung der Vertreter der Kirchen innerhalb der FSK-Ausschüsse Rücksicht".

III. Soziologische Gefährdung der Kunstfreiheit

Die Freiheit der Kunst ist heute weniger durch rechtliche Beschränkungen und durch polizeiliche Maßnahmen bedroht als durch ihre Abhängigkeit von staatlichen und gesellschaftlichen Mäzenen. Nach dem Zusammenbruch des 3. Reiches, welches auch eine Kunst-diktatur eingeführt hatte¹⁰⁹⁾, sind in der Bundesrepublik Deutschland¹¹⁰⁾ wenige Fälle bekannt geworden, in denen künstlerische Tätigkeit an rechtlichen Bestimmungen ihre Grenze gefunden hätte¹¹¹⁾:

Das Maß der Beeinflussung durch Mäzene ist naturgemäß viel weniger meßbar als direkte staatliche Eingriffe. Man wird aber wohl nicht fehl gehen in der Annahme, daß auch von seiten der Förderer nur selten direkt in das künstlerische Bestreben eingegriffen wird¹¹²⁾; Beweise dafür, daß die künstlerische Freiheit eher von der Gesellschaft als vom Staat bedroht sei, fehlen¹¹³⁾. Allerdings ist der

109) Vgl. dazu oben, S. 91 ff.

110) Über die ganz anderen Verhältnisse in der DDR vgl. etwa Petschkau, Die Kunstpolitik der SED, Kulturarbeit 1956, S. 189 ff. und 207 ff.; Jost Riedel, Kulturpolitik diesseits und jenseits des Brandenburger Tores, Kulturarbeit 1960, S. 1 ff. Die Verhältnisse in beiden Teilen Deutschlands sind auch auf diesem Gebiet kaum noch vergleichbar, da in der DDR die Kunst von ihrer politischen Wirkung her bewertet wird und der Staat aus seinen - nicht unbeträchtlichen - Leistungen für die Künstler das Recht ableitet, auch in Fragen der Kunst Stellung zu beziehen, vorläufig im Sinne des sozialistischen Realismus. Zur Situation der Kunst in der DDR vgl. auch Dieter Hildebrandt, Was Kunst ist, bestimmt die Partei, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 1.4.1963, S. 14; Auszüge aus der Rede des Politbüro-Mitglieds Kurt Hager an die Schriftsteller und Künstler der Sowjetzone, abgedruckt unter der Überschrift "Gefesselte Kunst" in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 24.4.1963, S. 15 f.; Diskussionsbeitrag des Bildhauers Fritz Cremer auf dem V. Kongreß des Verbandes Bildender Künstler Deutschlands in Ost-Berlin, abgedruckt unter der Überschrift "Sozialistische Kunst ohne Dogmen" in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 6.5.1964, S. 15.

111) So auch Ropertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 1.

112) Vgl. Gehlen, In die Freiheit verstrickt, Merkur 1960, S. 300.

113) Ropertz, a.a.O. (111), S. 2, führt für seine anderslautende Behauptung auch keine Beweise an; seine Berufung auf Gehlen, a.a.O. (112), ist nicht begründet. Vgl. auch E.R. Huber, Zur Problematik des Kulturstaates, S. 9, der ebenfalls die gesellschaftliche Gefährdung der Kulturfreiheit behauptet.

Private in seiner Stellung zur Kunst rechtlich kaum gebunden, ihm ist einseitige Bevorzugung nicht verwehrt, während der Staat insoweit nicht in ähnlichem Maße frei ist. Das ist noch näher zu zeigen.

1. Die soziale Stellung der Künstler

Wenn künstlerische Tätigkeit von staatlicher Beschränkung und mäzenatischen Vorschriften weitgehend frei ist, so erscheint auf den ersten Blick die Kunst heute als in besonderem Maße frei¹¹⁴⁾. Das wäre jedoch eine oberflächliche Betrachtungsweise. Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft einerseits und der Kunst andererseits ist gestört, die soziale Rolle der Kunst, allen gegenteiligen Proklamationen zum Trotz¹¹⁵⁾, problematisch geworden¹¹⁶⁾. Das bewirkt eine Vereinsamung des Künstlers, welche ihn unterstützungsbedürftig macht. Welches Maß an gesellschaftlicher Anpassung ist der Preis, der von ihm gefordert wird?

Weil es einzelne Mäzene heute kaum noch gibt, wird Kunstförderung vom Staat, den Gemeinden und von privaten Organisationen betrieben. Die damit verbundene Bürokratisierung und Rationalisierung hat auch die Künstler zum großen Teil in ein Organisationsgefüge gezwungen, so daß heute "ein gewaltiges Organisationssystem ... das gesamte Kunstleben wie ein Spinnennetz (überzieht)"¹¹⁷⁾. Wie in ihm die künstlerische Freiheit gewahrt bleibe, das ist die Gretchenfrage aller Kunstpflege.

Die wirtschaftliche Lage der Mehrzahl der selbständigen Künstler ist heute so schlecht, daß viele nicht vom Ertrag ihrer Arbeit

114) Inwieweit die moderne Kunst durch das Bewußtwerden ihrer Stilentwicklung und den Zwang, sich aus sich selbst heraus zu immer neuen Stilen zu entwickeln, unfrei geworden ist - ein Gedanke von Gehlen, a.a.O. (112) - kann hier auf sich beruhen.

115) Vgl. etwa die "Kunstprogramme" der politischen Parteien, wiedergegeben bei Marta Mierendorff, Die staatliche und private Organisation des Kunstlebens in der Bundesrepublik Deutschland, Kulturarbeit 1958, S. 227.

116) Vgl. Schütz, Brennpunkte der Kulturpolitik, S. 126 f.; ders., Der Staat als Mäzen, in: Staat und Kunst, S. 14 f.

117) Marta Mierendorff, a.a.O. (115), S. 230; vgl. auch Deneke, Die freien Berufe, S. 259; An die Stelle personaler Beziehungen treten institutionelle.

leben können, ohne Not zu leiden¹¹⁸⁾. Sie müssen daher häufig berufs fremde Nebentätigkeiten ausüben, was in den meisten Fällen ihre künstlerische Tätigkeit erheblich stört¹¹⁹⁾. Diese Situation hat selbstverständlich ganz verschiedene Ursachen, so auch eine gewisse Übersetzung des Künstlerstandes. Darauf näher einzugehen ist nicht Aufgabe dieser Untersuchung. Die unmittelbare Ursache ist aber gewiß der Umstand, daß das Verhältnis der zeitgenössischen Kunst zum Publikum gestört ist¹²⁰⁾. Mit der Folge, daß trotz steigenden wirtschaftlichen Wohlstandes die Werke der lebenden Künstler zu wenig Interessenten, also auch Käufer, soweit es sich um bildende Kunst und Literatur handelt, finden¹²¹⁾. Das vorhandene Interesse wendet sich wenigen Arrivierten zu¹²²⁾ und dies oft mit der Unberechenbarkeit modischer Launen¹²³⁾. Die anderen leben im Schatten der Konjunktur; und es ist kaum ein Zweifel möglich, daß wirtschaftliche Not die künstlerische Leistung beeinträchtigt¹²⁴⁾, zumal die Gefahr besteht, daß der Künstler versucht, sich dem eben modischen Geschmack anzupassen, wodurch sich die Idee der Kunst prostituiert¹²⁵⁾.

118) Vgl. dazu die oben, S. 8 Anm. 7, angeführten Nachweise.

119) Die früher öfters erfolgte Anstellung eines Künstlers zu wenig belastenden Diensten, die mit einem mäzenatischen Honorar vergütet wurden (vgl. die Beispiele bei Eduard v. Mayer, Fürsten und Künstler, S. 33: Klopstock, Lessing, Calderón u.a.), scheint kaum noch vorzukommen. Allerdings gewähren manche Verleger jungen Schriftstellern zur Vollendung eines Werkes hie und da ein Stipendium.

120) Vgl. Henze, Die zweite Hälfte der Kunst, Kulturarbeit 1962, S. 61.

121) Vgl. Lutze, Künstlerhilfe - und was weiter? Kulturarbeit 1950, S. 179 f.; Georg Schmidt, Zum Problem der Förderung junger Kunst und junger Künstler, in: Bericht über die 10. Jahrestagung des Kulturkreises im Bundesverband der Deutschen Industrie, S. 25 f.

122) Vgl. dazu die bei Hörstel, Fragen zur Kunstsubvention, S. 7, zitierte Äußerung von Paffmann, daß die Werke der "modernen Meister" infolge einer außergewöhnlichen Marktlage der zeitgenössischen Kunst Spitzenpreise erzielten. Eben nur die Werke der "Meister".

123) Offen bleibt die Frage, inwieweit die moderne Kunst "gemanagt" wird. Vgl. Baden-Badener Kunstgespräch: Wird die moderne Kunst gemanagt? ferner Deneke, Die freien Berufe, S. 261.

124) Vgl. Roh, Der verkaufte Künstler, S. 355.

125) Vgl. Deneke, a.a.O. (123), S. 260; Fidder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 15; Roportz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 12.

Die Entfremdung der zeitgenössischen Kunst bedeutet aber nicht nur ein wirtschaftliches Problem für die Künstler. Sie stellt auch ein nicht zu unterschätzendes psychologisches Problem dar. Der einzelne Künstler vereinsamt, entbehrt der sachverständigen Anerkennung und der anspornenden Bestätigung¹²⁶⁾. In dieser Hinsicht bedeutet das organisierte Mäzenatentum der Gegenwart, besonders das der öffentlichen Hand, gewiß nur in geringem Maße echte Förderung; denn es ist zu einem gut Teil anonym und, sofern sich nicht eine dafür besonders begabte Persönlichkeit findet¹²⁷⁾, seelenlos.

2. Gefährdung durch das öffentliche Mäzenatentum

a) Dessen Bedeutung

Dagegen leistet das öffentliche Mäzenatentum wertvolle materielle Hilfe. In vielen Fällen ist seine Unterstützung existenznotwendig¹²⁸⁾. Damit ergibt sich die Abhängigkeit der Kunst von ihren öffentlichen Förderern. Zwar ist das weder ein neuer noch ein per se negativer Umstand. Da jedoch die Verfassung die künstlerische Freiheit gewährleistet, läßt sich die Gefahr der Abhängigkeit nicht mit dem Hinweis auf vergangene Epochen fürstlicher oder reicher privater Mäzene abtun; die Situation hat sich grundlegend gewandelt, seit sich der Individualismus freien künstlerischen Schaffens durchgesetzt hat¹²⁹⁾. Er kennzeichnet heute die Ordnung des Lebensbereiches Kunst.

Sie wird nicht gestört, wenn der private Mäzen, seinen Neigungen entsprechend, auswählt und fördert. Sie wird grundsätzlich wohl auch da noch nicht verletzt, wo er, die Freiheit des Künstlers berührend, auf dessen Tätigkeit Einfluß nimmt, weil dem Künstler die Möglichkeit bleibt, sich zu versagen. Diese Möglichkeit setzt voraus, daß seine Abhängigkeit vom Mäzen nicht total ist, daß er

126) Vgl. Marta Mierendorff, Die Situation der bildenden Künstler in West-Berlin, Kulturarbeit 1957, S. 70; Georg Schmidt, a.a.O. (121), S. 24 f.

127) Theodor Heuss war eine solche Persönlichkeit.

128) Vgl. oben, S. 67 ff. und 98 ff.

129) Vgl. Deneke, Die freien Berufe, S. 56; Anton Henze, Die zweite Hälfte der Kunst, Kulturarbeit 1962, S. 61.

notfalls auch ohne diese Unterstützung existieren kann. Wenn er aber ohne irgendwelche Unterstützung, also nur von seinem Werk, nicht leben kann, und zwar als Künstler leben kann, dann kann von einem Mindestmaß an Unabhängigkeit nur die Rede sein, sofern der Mäzen nicht eine monopolartige Stellung hat. Private Mäzene haben heute keine Monopolstellung mehr, nicht zuletzt, weil der Staat als Kunstförderer auf den Plan getreten ist. Das verhindert eine totale Abhängigkeit eines Künstlers von einem privaten Mäzen.

Doch es stellt sich die Frage, ob nicht der Staat eine solche Monopolstellung hat. Daß "der Staat" elf Länder und der Gesamtstaat sind, schließt das nicht aus, weil sich jedes Land im wesentlichen auf sein Gebiet beschränkt, wenn es Künstler, und erst recht, wenn es künstlerische Einrichtungen fördert. Ob die Zentralgewalt des Bundes diese Beschränkung übergreifend neutralisieren kann, ist eine offene Frage; gegenwärtig versucht sie es nur in Ausnahmefällen¹³⁰⁾.

Die besondere Stellung des Staates folgt vor allem aus seiner Finanzmacht. Manche künstlerischen Bereiche sind nur noch dank staatlicher Finanzhilfe lebensfähig und auch auf anderen sind die staatlichen Leistungen, nicht zuletzt dank ihrer Zusammenfassung an einer Stelle, unvergleichlich viel wirksamer als privates Handeln. Die Abhängigkeit der Kunst, welche durch das Angewiesensein auf diese Zuwendungen entsteht¹³¹⁾, hat den Behörden eine Machtposition in die Hände gelegt, die sich nach Ansicht vieler Beobachter ungünstig für das freie Kunstleben auswirkt¹³²⁾.

Da Belege für solche Behauptungen meist nicht gegeben werden¹³³⁾, erscheint es angemessen, insoweit nur von einer Gefahr zu spre-

130) Z.B. durch die "Deutsche Künstlerhilfe". Vgl. dazu oben, S. 70 f.

131) Vgl. Hennig, Wir brauchen eine "Freie Deutsche Kulturstiftung", Kulturarbeit 1951, S. 233 f.: "Die Gewährung von Mitteln bedeutet in der Regel Abhängigkeit".

132) Vgl. Marta Mierendorff, Die Situation der bildenden Künstler in West-Berlin, Kulturarbeit 1957, S. 70; Ridder, Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 268 Anm. 87; ders., Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 11.

133) So behauptet Marta Mierendorff, a.a.O. (132), daß für die Gewährung von Zuwendungen "vielfach ... nicht die Qualität entscheidend" sei, "sondern die Beziehung oder das erwartete Verhalten"; vgl. auch dies., Die staatliche und private Organisation des Kunstlebens in der Bundesrepublik, Kulturarbeit 1958, S. 227.

chen. Sie ist gegeben. Denn die besondere Stellung des Staates in der Kunstpflege gibt ihm die Möglichkeit, Kunstpolitik zu treiben¹³⁴⁾; das aber bedeutet einen Eingriff in die Eigengesetzlichkeit der Kunst. Es besteht die Gefahr, daß das allgemein Anerkannte und Verständliche, das Zeitgemäße auf Kosten des wirklich Bedeutenden gefördert und damit diesem die Durchsetzung erschwert wird¹³⁵⁾, daß unkünstlerische Gesichtspunkte wie gesellschaftliches oder politisches Wohlverhalten die Entscheidung über das zu Fördernde bestimmen, daß die persönliche Zuneigung des Leiters einer Kunstabteilung deren Entscheidungen beeinflussen, und es ist schließlich auch die Gefahr vorhanden, daß der einzelne Künstler der Versuchung zu Kompromissen erliegt, um sich anzupassen und in den Kreis der Förderungswürdigen erhoben zu werden¹³⁶⁾.

In diesem Spannungsfeld zwischen Angewiesenheit der Kunst auf staatliche Unterstützung und ihrer Gefährdung durch sie steht die Kunstförderung des Staates, und es stellt sich die Frage, wie sie in Einklang zu bringen ist mit der Grundregel, daß Kunst frei sei.

b) Das Grundproblem staatlicher Kunstförderung

Da, ebensowenig wie die Wirtschaftssubventionierung, die Kunstförderung des Staates nicht zweckfreies Schenken ist, sondern auch mit diesen Maßnahmen ein im öffentlichen Interesse liegender Zweck verfolgt wird, ist zunächst dieser Zweck am Grundrecht der Kunstfreiheit zu messen. Danach ist zu untersuchen, ob die

134) Die Sentenz von Jürgen Beckelmann, Baden-Badener Kunstgespräch: Wird die moderne Kunst gemanagt? S. 28: "Aber es fällt schwer, Politikern zuzugestehen, sie hätten plötzlich uneigennützige Liebe für die Kunst entdeckt. Politiker treiben Kunstpolitik", ist in ihrem Ressentiment mehr literarisch als gerecht. Schütz, Brennpunkte der Kulturpolitik, S. 19, hat zu Recht darauf hingewiesen, daß jeder künstlerische Auftrag - und, so wäre zu ergänzen, jede Unterstützungsmaßnahme - ein kulturpolitischer Vorgang ist, weil das eine gefördert, das andere zurückgestellt wird. Vgl. auch ders., Der Staat als Mäzen, in: Staat und Kunst, S. 13 f.

135) Auf diesen - auch - konservativen Zug des öffentlichen Mäzenatentums hat Eduard v. Nayer, Fürsten und Künstler, S. 9, hingewiesen.

136) Vgl. Georg Schmidt, Zum Problem der Förderung junger Kunst und junger Künstler, in: Bericht über die 10. Jahrestagung des Kulturkreises im Bundesverband der Deutschen Industrie, S. 31 f.; Ed. v. Mayer, a.a.O. (135), S. 6.

üblichen Formen dieser Förderung das zulässige Ziel rechtmäßig verfolgen.

Das Prinzip staatlicher Kunstpflege kann man mit Hensel¹³⁷⁾ wie folgt bestimmen: "Der Staat will vor allem durch Schutz gegen Unverstand, durch Gewährung wirtschaftlicher Unabhängigkeit (Pflege) dem Werdenden erst zum Sein verhelfen". Es wird also ein bestimmter zukünftiger Erfolg angestrebt¹³⁸⁾, nicht etwa werden in der Vergangenheit liegende Leistungen geehrt. Dem widerspricht nicht, daß die einem Künstler zuteil werdende Unterstützung an seine Werke anknüpft und also auch ein Moment der Auszeichnung enthält. Denn zum einen können Anknüpfungspunkt von Maßnahmen der Kunstförderung eben nur bereits vollbrachte künstlerische Leistungen sein, zum anderen aber soll die Auszeichnung zugleich Ansporn für die Zukunft sein. Gewisse Zweifel bestehen lediglich in bezug auf sog. Ehrensolde, die verdienten Künstlern im Alter gezahlt werden, und zwar, wie bei der Deutschen Künstlerhilfe, zu ihrer sozialen Versorgung¹³⁹⁾. Der Ehrensold ist wegen dieser sozialen Verknüpfung kein typisches Mittel der Kunstförderung; doch kann man ihn miteinbeziehen, weil erstens auch der alternde Künstler meist noch tätig ist, weil die Zahlung solcher Unterstützungen, insgesamt gesehen, Staat und Kunst einander näher bringt und weil die Einrichtung des Ehrensolds im Grunde wohl auch die seelische Belastung des noch nicht gealterten freien Künstlers vermindert¹⁴⁰⁾.

aa) Das Problem der Auswahl

Mit der Feststellung, daß die staatliche Kunstpflege den gegenwärtigen künstlerischen Bestrebungen zum Durchbruch verhelfen will, ist der Ausgangspunkt gewonnen, von dem aus weiterzufragen ist nach den Wegen, auf denen dieses Ziel angestrebt wird. Der Staat gewähr-

137) Art. 150 der Weimarer Verfassung und seine Auswirkung im preußischen Recht, AöR 53, S. 329.

138) Vgl. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 605: "Bezuschussung geschieht eben irgendwie doch stimulant und nicht nur donandi causa".

139) Vgl. Halbach, Die Alters- und Hinterbliebenensicherung der selbständigen Künstler, S. 8 f.

140) Eine Alterssicherung der freien Künstler im Rahmen der Sozialversicherung besteht nicht und ist auch nicht vorgesehen (nach einer Auskunft des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung vom 26.6.1964).

leistet die materiellen Grundlagen des Schaffens, ermöglicht Ausbildung und Weiterbildung, schafft Voraussetzungen für die Begegnung mit der Öffentlichkeit und verleiht öffentliche Anerkennung. Alle diese Maßnahmen, die zunächst eigentlich auch wieder nur Ziele sind, setzen eine Entscheidung darüber voraus, wem sie zugute kommen sollen. Denn selbst wenn die staatliche Kunstförderung breit gestreut wäre, in viel größerem Umfang als heute gewährt würde, bliebe doch immer zu fragen, ob im konkreten Fall ein künstlerisches Bemühen vorliege. Es kann offen bleiben, ob sich eine auf jedes Bemühen um künstlerische Gestaltung erstreckende Förderung sinnvoll¹⁴¹⁾ und zulässig¹⁴²⁾ wäre; sie erscheint heute nicht als eine reale Möglichkeit. Das Problem der Auswahl stellt sich infolgedessen mit besonderer Schärfe, schlaglichtartig beleuchtet in dem Satz "Erfolgreiche Kunstförderung kann nur Qualitätsförderung sein"¹⁴³⁾. Das führt nahe heran an die "Kunst in des Wortes höchster Bedeutung" des Reichsgerichts¹⁴⁴⁾. Bedenkt man nun noch die offenkundige Schwierigkeit, einen Wertmaßstab für die moderne Kunst, um deren Förderung es ja geht, zu finden¹⁴⁵⁾, so will das Problem fast unlösbar erscheinen, dies umso mehr, als es ja nicht nur darum geht, ob der Staat sich bei diesem Unterfangen "tölpelhaft annimmt"¹⁴⁶⁾, sondern um die weit schwerwiegendere Wahrung der Kunstfreiheit.

bb) Das Verbot eines künstlerischen Werturteils

Wir haben oben¹⁴⁷⁾ erkannt, daß aus dem Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG die Verpflichtung des Staates zu folgern ist, jedes ech-

141) Vgl. Schnerr, Staatliche Verwaltung im Bereich der Kunst, BayVBl. 1960, S. 304, der die Frage verneint. Ebenso Grimm, Die Akademie der Künste und das Verhältnis der Künstler zum Staate, S. 27; Schütz, Brennpunkte der Kulturpolitik, S. 60.

142) Wäre eine solche breit gestreute Förderung von vornherein nicht sachgerecht, so wären die staatlichen Aufwendungen hierfür wohl auch nicht zulässig.

143) Schnerr, a.a.O. (141).

144) Urt. v. 22.11.1904, RGSt 37, 315.

145) Vgl. Erwin Stein, Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster v. 18.11.1958, JZ 1959, S. 722; Hörstel, Fragen zur Kunstsubvention, S. 27, 32 und 39; beide leugnen einen solchen Maßstab überhaupt. Zurückhaltender: Schnerr, a.a.O. (141).

146) So etwa Thomas Mann, Betrachtungen eines Unpolitischen, S. 239, in bezug auf die "formale" Förderung.

147) S. 60 ff.

te künstlerische Bemühen gleich zu achten, unabhängig von der Frage, ob es gelungen oder gescheitert ist. Soweit es sich um Kunst im ermittelten juristischen Sinne handelt, ist dem Staat durch die Verfassung jede Differenzierung nach ihrem Wert¹⁴⁸⁾ versagt. Unter diesem Gesichtspunkt muß die Behauptung gesehen werden, Kunstförderung müsse Qualitätsförderung sein, die in Art. 140 Abs. 2 BayVerf. ihren positivierten Bezugspunkt hat¹⁴⁹⁾. Wenn von der förderungswürdigen künstlerischen Tätigkeit eine bestimmte Qualität verlangt wird, so kann das also zunächst einmal nur bedeuten, daß es sich überhaupt um Kunst, und zwar in dem genannten wertfreien Sinne, handeln muß. Es steht dem Staat und seinen Behörden dagegen nicht zu, über den Wert künstlerischer Stile zu befinden. In der Rolle des Kunstrichters, der zwischen höherer und niederer Kunst entscheidet, steht die Staatsgewalt außerhalb der Verfassung.

Nach welchen Gesichtspunkten ist dann aber die zur Kunstförderung erforderliche Auswahl zu treffen? Das ist eine dringliche Frage, denn diese Entscheidung darf ja nicht nach sachfremden Kriterien getroffen werden, also benötigt man sachgerechte Kriterien. Dazu gehören auch bestimmte sekundäre Gesichtspunkte, welche die verschiedenen Formen staatlicher Kunstförderung beeinflussen, z.B. Bedürftigkeit, künstlerische Begabung, Repräsentation, kulturelle Bedeutung einer Persönlichkeit oder einer Einrichtung; auf sie ist unten einzugehen.

Darf der Staat innerhalb des Bereichs der Kunst nicht differenzieren, jedenfalls nicht nach künstlerischen Merkmalen, so könnte dadurch die staatliche Kunstförderung undurchführbar erscheinen; denn es ist, bei realistischer Betrachtungsweise, nicht möglich, jedes künstlerische Bemühen in gleicher Weise zu fördern. Die etwa bei staatlichen Kunstpreisen wesensnotwendige Auswahl nach dem Wert der künstlerischen Leistung könnte dieses Mittel der Kunstpflege unzulässig machen¹⁵⁰⁾.

148) So auch E. Charlotte Drescher, Höheres Interesse der Kunst im Sinne der Gewerbeordnung und der Nebengesetze, Annalen des Deutschen Reichs 1931, S. 326.

149) Vgl. Schnerr, a.a.O. (141).

150) In diese Richtung zielen auch die Bedenken von Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 11.

Sicher ist zunächst, daß staatliche Kunstförderung wegen Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 3 GG unzulässig ist, wenn sie, wie in Diktaturen¹⁵¹⁾, als Mittel zur Lenkung der Kunst benutzt wird. Kunstpolitik im Sinne einer Steuerung der künstlerischen Entwicklung ist dem durch das Grundgesetz (und die Landesverfassungen) verfaßten Staat schlechthin untersagt¹⁵²⁾. Staatliche Kunstpflege ist daher nur statthaft, wenn sie nicht auf einer "freiwilligen Unterwerfung" der Kunst beruht¹⁵³⁾, sondern Formen entwickelt, welche die Unterstützung sicherstellen, ohne die Freiheit zu beeinträchtigen¹⁵⁴⁾.

cc) Der Staat muß sich im Bereich der Kunst neutral verhalten

Das bedeutet für die Frage nach dem Zweck, den der Staat mit der Unterstützung der Kunst verfolgen darf, daß er nur darin bestehen kann, mitzuwirken "bei der Erzielung gedeihlicher äußerer Umstände und Voraussetzungen für die Entwicklung und Wirksamkeit der Kunst"¹⁵⁵⁾. Auf eine kurze Formel gebracht: Das Ziel staatlicher Kunstpflege ist, die freie Kunst zu fördern¹⁵⁶⁾. Jeder andere Zweck, den sie in bezug auf die Kunst¹⁵⁷⁾ verfolgen würde, wäre verfassungsrechtlich unzulässig, und er würde die staatliche Kunstförderung auch zu einem letztlich vergeblichen Bemühen machen¹⁵⁸⁾. Jede

151) Vgl. dazu oben, S. 91 ff., über die Situation im Dritten Reich.

152) Vgl. Karl-Otto Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, S. 30; Maunz, Die Kulturhoheit der deutschen Länder, Presseveröffentlichungen über den Bundesrat, Nr. 126 v. 20.3.1961, S. 3; Schnerr, Staatliche Verwaltung im Bereich der Kunst, Bay.VBl. 1960, S. 305.

153) Köttgen, Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 1953, S. 488, rechnet dies zu den wesentlichen Merkmalen der wirtschaftlichen Subvention. Über die Besonderheit "kultureller Subventionen" vgl. Karl-Otto Henze, a.a.O. (152).

154) Vgl. Hellmut Becker, Wer finanziert die kulturelle Freiheit? in: Kulturpolitik und Schule, S. 16 f.

155) Schütz, Brennpunkte der Kulturpolitik, S. 127.

156) Vgl. Ridder, a.a.O. (150).

157) Daß bei der Förderung der Kunst noch andere subsidiäre Zwecke verfolgt werden können, ist bereits erwähnt worden und wird noch dargestellt.

158) Vgl. Hellmut Becker, a.a.O. (154), S. 25; ders., Kulturverwaltung oder Kulturpolitik? in: Kulturpolitik und Schule, S. 94.

Reglementierung der Kunst schlägt entweder fehl¹⁵⁹⁾ oder führt zur Verödung der Kunst¹⁶⁰⁾; diese bedarf des größtmöglichen Ausmaßes an Freiheit¹⁶¹⁾.

Bei Zuwendungen zur Förderung der Kunst muß daher die von Ipsen¹⁶²⁾ aufgeworfene Frage nach der "subventionsimmanenten Bedingtheit einer Gegenleistungspflicht des Empfängers" grundsätzlich verneint werden. Sieht man davon ab, daß - eventuell - künstlerische Einrichtungen durch die Entgegennahme von Zuwendungen die Verpflichtung übernehmen, ihre Arbeit fortzuführen, so kann man feststellen, daß kunstfördernde Zuwendungen den Bedachten zu nichts verpflichten. Auch nicht zu gesellschaftlichem oder politischem Wohilverhalten. Der Empfänger übernimmt insoweit keine zusätzlichen Pflichten gegenüber einem beliebigen Staatsbürger.

Fragwürdig ist insbesondere das ab und zu in der öffentlichen Diskussion vorgetragene Argument, der Staat identifiziere sich mit demjenigen, dem er seine besondere Unterstützung zuteil werden lasse¹⁶³⁾. Das ist im Bereich der Kunst abwegig. Grenzfälle sind zwar denkbar. Wenn etwa ein Künstler ein schweres gemeingefährliches Delikt begeht, so kann dies ein zulässiger Grund sein, ihm staatliche Förderung vorzuenthalten oder bereits bewilligte ex nunc zu entziehen. Aber das kann eben nur in seltenen, äußerst gravierenden Ausnahmefällen gelten. Da der Empfang einer im Rahmen der Kunstförderung gegebenen Zuwendung auch eine Auszeichnung darstellt, wäre eine Regelung solcher Extremfälle in Anlehnung an die Bestimmungen über

159) Vgl. Schütz, a.a.O. (155), S. 43.

160) Vgl. Beling, Kunstfreiheit und Rechtsbann, in: Festschrift Heinrich Wölfflin, S. 24.

161) Vgl. Hellmut Becker, Kulturverwaltung oder Kulturpolitik? in: Kulturpolitik und Schule, S. 75; Benecke, Möglichkeiten und Grenzen städtischer Kulturpflege, Der Städtetag 1952, S. 68; vgl. auch Hauser, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur I, S. 319; Schütz, Der Staat als Mäzen, in: Staat und Kunst, S. 18.

162) Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 504 (Ipsen behandelt nur wirtschaftliche Subventionen).

163) Vgl. etwa den Protest des Deutschen Richterbundes vom 14.2. 1956 wegen des vom Bund subventionierten Spielfilms "Alibi", der harte Kritik an der deutschen Strafrechtspflege übte, DRiZ 1956, S. 62 und S. 135. Ähnlich Schultz, Blick in die Zeit, MDR 1956, S. 333. - Das geht so weit, daß Hörstel, Fragen zur Kunstsubvention, S. 8 ff. (10), sogar behauptet, der Bundespräsident habe durch die Übernahme der Schirmherrschaft für die "documenta" die Auswahl der ausgestellten Werke amtlich sanktioniert.

die Entziehung von Titeln, Orden und Ehrenzeichen¹⁶⁴⁾ denkbar.

IV. U n t e r s u c h u n g d e r w i c h t i g s t e n M a ß n a h m e n s t a a t l i c h e r K u n s t - f ö r d e r u n g

Die staatliche Kunstförderung erfolgt auf sehr verschiedenartigen Wegen, die unter anderem auch hinsichtlich der sekundär verfolgten Zwecke erheblich differieren. Es muß daher abschließend untersucht werden, ob die Praxis der "Kunstverwaltung" den ermittelten verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, wobei jeweils auch zu prüfen ist, welche sekundären Ziele im Rahmen der Kunstpflege noch mitberücksichtigt werden dürfen.

1. Ausbildungsstätten

Die Ausbildung der Künstler fördert der Staat durch Unterhaltung oder Bezuschussung von Ausbildungsstätten. Sie dienen ausschließlich diesem Zweck, ungeachtet dessen, daß gewisse Nebenwirkungen mit der Errichtung einer Kunsthochschule verbunden sind, etwa die Anstellung bildender Künstler als Lehrkräfte an Kunstakademien, die damit eine Existenzsicherung erhalten.

Unter dem Blickwinkel der Kunstfreiheit sind im wesentlichen zwei Sachverhalte zu betrachten: zum einen die Zulassungsprüfung der Schüler, zum anderen die Zusammensetzung des Lehrkörpers und die Gestaltung des Lehrbetriebs.

a) Die Zulassung der Schüler

An den meisten künstlerischen Ausbildungsstätten, die vom Staat unterhalten oder wesentlich bezuschußt werden, werden die Schüler nur zugelassen, wenn sie eine Art Aufnahmeprüfung bestanden haben,

164) Vgl. § 4 Gesetz über Titel, Orden und Ehrenzeichen v. 26.7. 1957, BGBl. I, S. 844.

die ihre künstlerische Begabung erweisen soll¹⁶⁵⁾. Diese Zulassungsschranke verstößt nicht gegen das Grundrecht künstlerischer Freiheit, obwohl die Einzelentscheidung sehr wohl anfechtbar sein kann. Ein sinnvoller Lehrbetrieb an einer Kunsthochschule setzt voraus, daß die Schüler ein Mindestmaß an künstlerischem Talent mitbringen; denn man muß annehmen, daß künstlerische Fähigkeiten nur begrenzt zu erlernen und zu lehren sind. Die Aufnahmeprüfung will das Vorhandensein dieser wesensnotwendigen Begabung ermitteln. Fällt das Ergebnis negativ aus, so besagt das zunächst nur, daß der Bewerber in dieser Schule nicht ausgebildet werden kann, weil ihm die Grundlage eines hier ausbildungsfähigen Talents fehlt. Die Möglichkeit, sich als Künstler zu entfalten und zu betätigen, ist ihm jedoch weder theoretisch noch praktisch genommen. Die Kunsthochschulen haben kein Ausbildungsmonopol; im Bereich der bildenden Kunst ist das angesichts der Tatsache, daß viele der berühmtesten Künstler eine solche Einrichtung nie besucht haben, augenscheinlich. Bei den Musikhochschulen und Schauspielschulen trifft es ebenfalls zu, wenn auch deren Bedeutung insoweit größer ist. Jedoch ist die Konzert- oder Bühnenreifeprüfung nicht Voraussetzung eines Engagements.

Aus dem Grundrecht der Kunstfreiheit läßt sich demnach auch kein Anspruch auf die Zulassung zum Besuch einer Kunstausbildungsstätte herleiten.

b) Die Stellung der Lehrkräfte

Der Charakter dieser Einrichtungen - das hängt mit dem eben Gesagten zusammen - wird wesentlich bestimmt von den Künstlern, die in ihnen lehren; denn sie entscheiden über Auswahl und Ausbildung der Schüler und haben daher einen, allerdings auch wieder nicht zu überschätzenden, Einfluß auf die künstlerische Entwicklung überhaupt. Der Staat, dem es verwehrt ist, in die künstlerische Entwicklung in irgendeiner Weise direkt einzutreffen, hat daher nicht das Recht, durch entsprechende Berufung von Lehrern eine bestimmte

165) Vgl. etwa Art. 18 Vorläufige Verfassung der Staatlichen Hochschule für Musik Stuttgart v. 10.6.1950; Art. 16 Abs. 1 Nr. a Verfassung der Staatlichen Hochschule für Musik Freiburg i.Br.; § 13 Abs. 1 Satz 1 Verfassung der Staatlichen Akademie der Bildenden Künste Stuttgart (Probejahr).

künstlerische Richtung einseitig zu begünstigen oder zu hemmen. Er hat darüber hinaus wohl auch die Pflicht, die Schule an einer allzu einseitigen Ausrichtung zu hindern¹⁶⁶⁾. Denkbar wäre allerdings und wohl auch zulässig, an verschiedenen Schulen bestimmte Schwerpunkte zu bilden. Im übrigen ist der Staat gehindert, in den künstlerischen Lehrbetrieb der Ausbildungsstätten einzugreifen¹⁶⁷⁾. Auch der Künstler, der an einer Kunsthochschule als Lehrer tätig ist, genießt volle künstlerische Freiheit, die sich auch auf die Art seiner Ausbildungstätigkeit erstreckt¹⁶⁸⁾.

2. Förderpreise und Stipendien

Ebenfalls zur Ausbildung junger Künstler dienen bestimmte Zuwendungen an einzelne Personen, die hauptsächlich als Förderpreise und Stipendien vergeben werden. Ihr Effekt besteht, insbesondere bei den Förderpreisen, nicht nur in der Ermöglichung weiterer Fortbildung, sondern auch in einer öffentlichen Anerkennung, die dem Bedachten, wo nicht Publizität, so doch immerhin ein gewisses Renommee verschafft. Der Staat allerdings kann auch bei diesen Maßnahmen neben dem Ziel der Kunstförderung praktisch keine anderen Zwecke verfolgen.

166) Dazu dient wohl vor allem das Oktroyrecht, welches sich der Staat auch gegenüber den rechtlich verselbständigten Anstalten vorbehalten hat; vgl. Hamburgisches Gesetz über die Staatliche Hochschule für Musik v. 3.10.1961, GVBl. S. 314; § 6 Satz 3; Satzung der Hochschule für Musik Berlin v. 9.1.1950, VOB1. S. 28; § 14 Abs. 1 Satz 2.

167) Vgl. etwa § 2 Hamburgisches Gesetz über die Staatliche Hochschule für Musik v. 3.10.1961, GVBl. S. 314; § 2 Satzung der Hochschule für bildende Künste Berlin v. 9.1.1950, VOB1.S.29. Vgl. dazu auch Mallmann, Das Recht der Kunsthochschulen und die Freiheit der Kunst, in: Festschrift für Jahrreiss, S. 264 f.

168) Vgl. Mallmann, a.a.O. (167), S. 263 f. Soweit es sich um beamtete Lehrer an Kunsthochschulen handelt, fällt die Frage unter die Rubrik "Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis". Vgl. dazu Ropertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 107 ff., mit weiteren Nachweisen. Das Grundrecht der Kunstfreiheit kann, über seine allgemeinen Grenzen hinaus, unter Berufung auf ein "besonderes Gewaltverhältnis" nicht eingeschränkt werden. Dabei ist allerdings zu beachten, daß die verfassungsmäßige Ordnung einige Einrichtungen einschließt, z.B. das Gefangenenvverhältnis, Beamtenverhältnis und Schulverhältnis, denen man gemeinhin mit diesem fragwürdigen Begriff Herr zu werden versucht.

Derartige Zuwendungen werden an Künstler vergeben, deren Werke ein besonderes Talent offenbaren und einen künstlerischen Aufstieg ihres Schöpfers versprechen. Insofern sind sie zunächst einmal im Wechsel auf eine, eben doch ungewisse, Zukunft. Das ist allerdings für den hier interessierenden Aspekt von geringer Bedeutung, entscheidend dagegen ist, daß die Auswahl der Empfänger nach ihren bisherigen Leistungen geschieht. Dieses Kriterium bedingt eine so enge Verwandtschaft mit den Kunstpreisen, daß die dazu unten¹⁶⁹⁾ folgenden Bemerkungen im wesentlichen auch für die Ausbildungshilfen gelten.

3. Soziale Beihilfen

a) Das Auswahlprinzip

Bei den Beihilfen, die an Künstler, die in Not geraten sind, gewährt werden, steht das soziale Moment gleichwertig neben dem der Kunstförderung. Typisches Beispiel sind die Zuwendungen, welche von der "Deutschen Künstlerhilfe" als Ehrensold bzw. einmalige Beihilfe gegeben werden¹⁷⁰⁾. Primäre Voraussetzung ist die Notlage des betreffenden Künstlers. Da es sich jedoch nicht um Maßnahmen im Rahmen der Sozialfürsorge handelt, kommt als weitere Voraussetzung hinzu, daß der Bedachte eine künstlerische Leistung vollbracht hat, die als "Bereicherung der geistig-künstlerischen Ausdruckskraft"¹⁷¹⁾ des ihn unterstützenden Gemeinwesens zu werten ist. Damit ist ein Wertungsmaßstab gebildet, der mehr verlangt als eine künstlerische Leistung schlechthin, und während aus dem Erfordernis der Bedürftigkeit keine Bedenken folgen, erscheint dieses Kriterium doch fragwürdig.

Es wäre an sich durchaus geeignet, die Maxime der gesamten staatlichen Kunstförderung zu bilden, da hiermit auf eine spezifische öffentliche Bedeutung künstlerischer Leistungen abgestellt wird. Indessen ist zu fragen, ob dann nicht die Förderung von einer künstlerischen Wertentscheidung abhängig gemacht wird, die dem

169) S. 211 ff.

170) Vgl. dazu oben, S. 70 f.

171) So Theodor Heuss, Memorandum zur "Künstlerhilfe", S. 3.

Staat durch Art. 5 Abs. 3 GG gerade untersagt ist. Die Antwort ist mit der Fragestellung bereits gegeben: Zwischen "höherer" und "niederer" Kunst zu differenzieren ist dem Staat verwehrt. Personen, die eine echte künstlerische Leistung vollbracht haben, müssen daher in gleicher Weise an staatlichen Leistungen teilhaben, sofern nicht andere, künstlerisch irrelevante Gesichtspunkte eine Differenzierung ermöglichen. Bei der "Deutschen Künstlerhilfe" sind zwei weitere Kriterien wesentlich: die Bedürftigkeit und die gesamtdeutsche Bedeutung des Künstlers¹⁷²⁾. Der letztere Gesichtspunkt stellt auf die Tatsache ab, daß manche Künstler in ihrem Schaffen stets der heimatlichen Region verhaftet bleiben, während andere diese Verbundenheit nicht aufweisen, sondern eben (nur) deutsch sind. Die letzteren werden meist von den Ländern weniger oder gar nicht gefördert, da deren Kunstpflege sich faktisch auf Künstler des Landes bezieht. Diejenigen, die keine echte, oft nicht einmal eine äussere Beziehung zu einem deutschen Land besitzen, sollen von der "Deutschen Künstlerhilfe" unterstützt werden. Unterstellt man, daß es auf Länderebene überall eine ähnliche Einrichtung zur Künstlerhilfe gibt¹⁷³⁾, so ergibt sich, daß alle in Not geratenen Künstler zu unterstützen sind, entweder von ihrem Heimatland oder von der gesamtstaatlichen "Deutschen Künstlerhilfe".

Da die bereitgestellten Mittel offensichtlich zu einer so breit gestreuten Unterstützung nicht ausreichen, muß nach der Dringlichkeit der Hilfe entschieden werden. Der künstlerische Rang dagegen erlaubt keine Differenzierung.

b) Besteht ein Rechtsanspruch?

Die Praxis geht davon aus, daß ein Rechtsanspruch auf Unterstützung im Rahmen der Künstlerhilfe nicht besteht¹⁷⁴⁾. Das mag in solcher

172) Darauf hat Theodor Heuss, a.a.O. (171), hingewiesen, indem er die Unterstützung als Ausdruck einer "gesamtdeutschen Verpflichtung" bezeichnete.

173) Nach einer von der Ständigen Konferenz der Kultusminister der Länder für das Jahr 1961 herausgegebenen "Übersicht über die Länderleistungen zur Unterstützung bedürftiger Künstler außerhalb der Deutschen Künstlerhilfe" sind, wenn auch in unterschiedlichem Umfang, in allen Ländern, ausgenommen Bremen, Haushaltsmittel bereitgestellt. Davon werden ständig laufende und einmalige Beihilfen gewährt.

174) Vgl. Halbach, Die Alters- und Hinterbliebenensicherung der selbständigen Künstler, S. 9.

theoretischen Allgemeinheit nicht zutreffen; im Ergebnis läuft es praktisch darauf hinaus. Denn die erforderliche Abstufung nach der Dringlichkeit der Notlage macht es zur Voraussetzung eines Anspruchs, daß gerade dieser Fall der dringlichste ist, ein Umstand, der sich schwerlich wird nachweisen lassen.

4. Kunstpreise

Das Problem der Auswahl stellt sich bei den staatlichen Kunstpreisen, welche der Bund und die deutschen Länder verleihen¹⁷⁵⁾, mit besonderer Schärfe; denn sie sollen ex definitione und den Bestimmungen gemäß¹⁷⁶⁾ nur für außerordentliche künstlerische Leistungen verliehen werden, verlangen also eine Entscheidung zwischen den zahlreichen künstlerischen Bemühungen.

a) Ihre Bedeutung und ihr Zweck

Kunstpreise, welche der republikanisch-demokratische Staat stiftet, sind im Grunde genommen ebenso ein Anachronismus wie das Begnadigungsrecht des republikanischen Staatsoberhauptes. Was nicht ausschließt, daß sie ein lebenswürdiges Relikt sein können. In ihnen ist ein Stück von der Stellung und Würde des Monarchen auf die so viel schmucklosere Demokratie überkommen, die damit sich einer Aufgabe unterziehen soll, die ihr Verlegenheit bereiten muß.

Die Verleihung eines Kunstpreises an einen Künstler ist ideelle Auszeichnung und materielle Unterstützung¹⁷⁷⁾ zugleich, wobei die Unterstützung des Empfängers auch darin liegt, daß er eine größere Publizität erlangt¹⁷⁸⁾. Neben das Moment der Förderung der Kunst

175) Vgl. die oben, S. 126 f. Anm. 125, gegebene Übersicht.

176) Vgl. etwa Art. 3 der Satzung des Schiller-Gedächtnispreises des Landes Baden-Württemberg: "Der Ehrenpreis wird ungeteilt an Persönlichkeiten verliehen, die in sprachlich mustergültiger Form ein hervorragendes Werk auf dem Gebiet der Literatur oder der Geisteswissenschaften geschaffen haben".

177) Über die Bedeutung der Publizität eines Künstlers vgl. Hörstel, Fragen zur Kunstsubvention, S. 8.

178) Die Kunstpreise der deutschen Länder sind alle mit beträchtlichen Geldbeträgen ausgestattet. Ehrenpreise ohne finanzielle Zuwendung, wie sie teilweise von den Städten (z.B. Stephan-Lochner-Medaille der Stadt Köln, Albertus-Magnus-Medaille der Stadt Regensburg) und von Privaten (z.B. Plakette der "Freien Akademie der Künste" in Hamburg, Hans-Thoma-Medaille für Ver-

tritt aber gerade bei den öffentlich verliehenen Kunstpreisen noch ein anderes: sie sind ein Mittel der Selbstdarstellung des Staates, das Gemeinwesen repräsentiert sich in ihnen weithin sichtbar als eine kulturelle Einheit¹⁷⁹⁾. Das geschieht auf dem Gebiet dieser Untersuchung in ähnlich deutlicher Form allenfalls noch in der Unterhaltung von staatlichen Theatern und Orchestern.

b) Die Stellung des Preisgerichts

Die Kunstpreise werden von den Regierungen, dem Ministerpräsidenten oder von einem Ministerium gestiftet; das Parlament ist daran im Regelfall nur durch Genehmigung des im Haushaltsplan eingesetzten Betrages beteiligt, gesetzliche Ermächtigungen und Regelungen fehlen. Die Einzelheiten sind durchweg in Erlassen, Richtlinien und Satzungen geregelt, die als Verwaltungsverordnungen anzusehen sind¹⁸⁰⁾. Sie legen auch das Verfahren zur Bestimmung der Preisträger fest. In dieses Verfahren ist stets ein Preisgericht eingeschaltet, dem praktisch das entscheidende Wort zusteht. Im einzelnen kann man bei den Kunstpreisen der deutschen Länder und des Bundes drei Systeme zur Ermittlung des Preisträgers unterscheiden:

- 1) Das Preisgericht entscheidet allein über die Zuerkennung des Preises¹⁸¹⁾.
- 2) Das Preisgericht wählt den Preisträger unter den von Fachleuten vorgeschlagenen Bewerbern aus¹⁸²⁾.

dienste um die Kunst der Hans-Thoma-Gesellschaft e.V. in Reutlingen, Preis des "Verbandes Deutscher Kritiker e.V.") verliehen werden, sind von den Ländern bislang nicht gestiftet worden; eine Ausnahme bildet die Goethe-Plakette des Hessischen Kultusministers. (Die genannten städtischen und privaten Preise sind verzeichnet in: Deutsche Kunstpreise 1946 - 1961).

179) Vgl. Andritzky, Die Problematik der Literaturpreise, Kulturarbeit 1961, S. 101 ff.

180) Vgl. dazu Brohm, Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, DÖV 1964, S. 238 ff.

181) So beim Deutschen Filmpreis (Erlaß v. 12.4.1963, GMB1. S.188; Nr. II 5); Berliner Kunstpreis (Richtlinien v. 22.1.1963, Abl. S. 266; Nr. 8).

182) So beim Kunstpreis Rheinland-Pfalz (Satzung v. 27.10.1959, Abl. Min. f. Kultus und Unterricht, S. 215; Nr. 5 und 6); Kunstpreis des Saarlandes (Satzung v.13.12.1963; Art. 5 und 6. Gemäß Art. 8 Nr. 1 kann die Jury allerdings durch einstimmigen Beschluß über die Vorschläge hinausgehen); ebenso Großer Kunstpreis des Landes Nordrhein-Westfalen (Nr. 5 - 8 der Satzung jedes Einzelpreises).

- 3) Das Preisgericht schlägt einen Preisträger vor, die Entscheidung trifft die Regierung oder ein Minister¹⁸³⁾.

Festzustellen, ob die Jury die abschließende, bindende Entscheidung zu treffen hat oder ob die Regierung gegebenenfalls abweichen kann, bereitet allerdings gewisse Schwierigkeiten, da die Richtlinien hierzu nicht in allen Fällen ausdrückliche Regelungen enthalten. Dabei wird die Frage, ob diese Verwaltungsvorschriften bindende Wirkung haben, ganz außer acht gelassen. Denn in aller Regel halten sich die Regierungen an die Richtlinien¹⁸⁴⁾. Darüber hinaus folgen sie auch dann regelmäßig dem Votum des Preisgerichts, wenn dieses nur einen Vorschlag machen kann, sei es aus weiser Zurückhaltung, sei es aus Rücksicht auf eine in diesen Fragen empfindlich reagierende öffentliche Meinung.

Das Preisgericht setzt sich aus Kunstsachverständigen zusammen, die in der Regel von der Regierung bzw. dem Minister berufen werden¹⁸⁵⁾. Den Vorsitz führt meistens der zuständige Minister oder ein von ihm benannter Vertreter¹⁸⁶⁾.

aa) Ist es staatliche Einrichtung?

Um die Verleihung staatlicher Kunstpreise an Art. 5 Abs. 3 GG zu messen, sei zunächst als Hypothese unterstellt, daß das Preisgericht der staatlichen Behördenorganisation eingegliedert ist, mit anderen Worten, daß es sich bei der Wahl des Preisträgers um eine staatliche Entscheidung handelt.

Die Zuerkennung eines Kunstpreises beruht auf einem Werturteil über

183) So beim Kunstpreis des Landes Schleswig-Holstein (§ 5 der Satzung).

184) Eine Ausnahme stellt etwa die Weigerung des Bremer Senats dar, dem einstimmig gefaßten Beschluß der Jury folgend, Günter Grass den Literaturpreis 1959 zu verleihen; vgl. Kummer mit Preisen, magnum Heft 28, S. 68.

185) In Berlin erfolgt die Berufung aufgrund von Vorschlägen der Akademie der Künste. In Schleswig-Holstein gehören dem Preisgericht die Mitglieder des Künstlerischen Beirates beim Kultusministerium an, zu denen noch höchstens drei weitere Sachverständige kommen können.

186) Eine Ausnahme bildet die Berliner Regelung, nach welcher die drei sachverständigen Preisrichter allein tagen und entscheiden.

die künstlerische Leistung aller in Betracht kommenden Bewerber. Das sind alle Künstler, auf welche die formalen Kriterien des jeweiligen Preises, z.B. die Verbundenheit mit dem Gemeinwesen, Tätigkeit auf dem zu fördernden Gebiet der Kunst, zutreffen. Da ein derartiges künstlerisches Werturteil dem Staat durch das Grundrecht der Kunstfreiheit untersagt ist, ist eine darauf beruhende Maßnahme rechtswidrig.

Man könnte daran denken, die These, die Preisverleihung beruhe auf einem künstlerischen Werturteil, mit dem Hinweis aus den Angeln zu heben, daß die Kunstpreise eine Entscheidung darüber erforderten, welcher Künstler in seinem Werk am sichtbarsten die kulturelle Einheit des Staates repräsentiere. Tatsächlich sind die staatlichen Kunstpreise auch ein Mittel der Selbstdarstellung des Gemeinwesens. Aber es wäre eine Verkenntung ihres Wesens, würde man annehmen, sie könnten diese Funktion erfüllen, ohne daß sie die künstlerisch wertvollste Leistung auszeichnen wollten. Ihre Grundlage muß darum eine entsprechende Wertentscheidung sein.

Ist ein staatliches Werturteil über Kunst verfassungswidrig, so bleibt die Frage, ob die Verleihung eines staatlichen Kunstpreises wesensnotwendig darauf, d.h. auf ein staatliches Urteil, zurückzuführen ist. Das zielt auf die Stellung und Bedeutung der Preisgerichte, welche, wie gezeigt, in das Verfahren zur Ermittlung der Preisträger eingeschaltet sind, und führt zunächst zum Problem ihrer Eingliederung in das Staatsgefüge, danach in einem weiteren Schritt zu der Frage, ob der Staat sich an einer Maßnahme beteiligen kann, die auf einer außerstaatlichen künstlerischen Wertentscheidung beruht.

Die Einschaltung der Jury entspringt der Einsicht, daß künstlerische Wertfragen über den Sachverstand der Staatsverwaltung hinausgehen¹⁸⁷⁾. Die Jury ist daher, idealtypisch gesehen, ein Gremium von Sachkennern. Ebenso wesentlich wie ihr Sachverstand ist ihre Unabhängigkeit, da nur sie die sachverständige Entscheidung garantiert. Die Preisrichter sind einmal unabhängig von staatlichen Weisungen¹⁸⁸⁾, zum anderen unabhängig insofern, als sie nicht als

187) Vgl. Adorno, Kultur und Verwaltung, Merkur 1960, S. 119.

188) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 58; Haas, Ausschüsse in der Verwaltung, VerwArch. 49, S. 22.

Interessenvertreter angesehen werden können, weil die Kunst nicht organisierbar ist und daher nicht vertreten werden kann¹⁸⁹⁾.

E.R. Huber¹⁹⁰⁾ hat die Ansicht vertreten, ein Kreis "unabhängiger Kulturkenner", vom Staat berufen zur Entscheidung über das, was zur förderungswürdigen Kultur gehöre, verwandle sich alsbald in ein Stück Staat, so daß seine Entscheidung eben doch wieder staatliche sei. Die Richtigkeit dieser These unterstellt, ist der Spruch auch des unabhängigsten Preisgerichts ein staatliches Kunstwerturteil und mithin unzulässig.

Eine nähere Betrachtung des Komplexes ergibt indessen Gesichtspunkte, welche zu Vorbehalten nötigen:

Verwaltungsausschüsse werden zwar gemeinhin zum Staatsorganismus gerechnet, auch wenn sie ganz oder zu einem großen Teil aus Privaten zusammengesetzt sind, weil sie ein öffentlich-rechtliches Amt wahrnehmen¹⁹¹⁾. Dieser Gesichtspunkt trifft jedoch auf die Preisgerichte, welche über die Vergabe eines Kunstpreises entscheiden, nicht zu. Denn ihnen ist kein staatliches Amt übertragen; die von ihnen wahrgenommene Funktion ist dem Staat von der Verfassung gerade untersagt. Unter der Geltung des Grundgesetzes ist ein staatliches Urteil über künstlerisches Bemühen nicht zulässig; es ist nur im privaten oder gesellschaftlichen Bereich möglich. Das übliche Verständnis der mit Privaten besetzten Ausschüsse und Beiräte versagt hier, will man nicht von vornherein die Unzulässigkeit aller ergehenden Entscheidungen und damit wohl auch der Einrichtung als solche annehmen.

bb) Seine Stellung als nichtstaatliche, unabhängige Einrichtung

Dieses Ergebnis kann allerdings noch nichts Endgültiges aussagen

189) Vgl. Dagtoglou, Der Private in der Verwaltung, S. 30 f., 61 und 138.

190) Zur Problematik des Kulturstaates, S. 14 f.

191) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 57 f.; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 133 Anm. 1; Dagtoglou, a.a.O. (189), S. 26 Anm. 24; von der Groeben, Mitwirkung von Ausschüssen in der staatlichen Verwaltung, VerwArch. 49, S. 231 ff.; Haas, a.a.O. (188), S. 17 f.; Thierfelder, Mitwirkung von Ausschüssen in der staatlichen Verwaltung, VerwArch. 49, S. 249 ff.

über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Betrachtungsweise. daher muß sie, angewandt auf das vorliegende Problem, auf ihre innere Berechtigung untersucht werden. Wir gehen dabei davon aus, daß die Jury aus unabhängigen Kunstkennern besteht und allein über die Preisverleihung entscheidet.

Nicht der Gesichtspunkt bürgerschaftlicher Mitverantwortung, nicht derjenige des Interessenausgleichs sind dafür maßgebend, die Entscheidung über die Vergabe eines Kunstpreises einer Jury zu übertragen; nicht politische Zweckmäßigkeit entscheidet, sondern die verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit der Kunst von staatlicher Lenkung und die völlige Unzuständigkeit des Staates, dessen Kategorien hier nicht passen, verlangen die Einschaltung der Jury. Und zwar genügt nicht eine Beratung durch sie, welche dann die eigene Entscheidung der staatlichen Stellen ermöglichte, weil die erforderliche Entscheidung nicht in alternative Elemente zerlegt und daher nur sehr unvollkommen rationaler Abwägung zugänglich gemacht werden kann¹⁹²⁾. Infolgedessen ist der Sachverständige, der nur berät, hier fehl am Platz.

Damit ist nicht ausgeschlossen, daß eine staatliche Kunstkommission gebildet würde, der die genannten Entscheidungen übertragen würden. In der Weimarer Republik hatte man das Amt des Reichskunstwarts¹⁹³⁾ eingerichtet und heute bestehen bei den Kultusministerien der Länder sog. künstlerische Beiräte¹⁹⁴⁾. Soweit solche Einrichtungen bestehen, liegt das Schwergewicht ihrer beratenden Funktion auf der Vertretung der Interessen der Künstler und im Bereich der Formgestaltung¹⁹⁵⁾; die künstlerischen Beiräte wirken außerdem an der "Deutschen Künstlerhilfe" mit, indem sie unterstützungsbedürftige Künstler benennen, über deren Unterstützung dann der Bundespräsident befindet. Das sind durch ganz andere Merkmale charakterisierte Aufgaben als die Entscheidung über

192) Vgl. VGH Kassel, Urt. v. 28.2.1962, DÖV 1962, S. 870 (871); VG Wiesbaden, Urt. v. 12.9.1963, Az. I/1 - 695/61 (unveröffentlicht); VGH Kassel, Urt. v. 5.6.1963, Az. OS II 11/63 (unveröffentlicht); ähnlich VG Karlsruhe, Urt. v. 26.11.1963, Az. III 161/62 (unveröffentlicht).

193) Vgl. oben, S.89 f.

194) Vgl. etwa § 5 Satzung für den Kunstpreis des Landes Schleswig-Holstein.

195) Vgl. Medicus, Reichsverwaltung, JÖR XX, S. 45, über den Reichskunstwart.

preiswürdige künstlerische Leistungen. Würde man diese einer staatlichen Jury übertragen, so nähme eine organisatorisch der Staatsverwaltung eingegliederte Stelle eine materiell nichtstaatliche Aufgabe wahr¹⁹⁶⁾. Denn der Staat kann und darf im Bereich der Kunst nicht über Wertstufen entscheiden. Hubers¹⁹⁷⁾ These, was "Staat" sei, entscheide sich nicht bloß nach der organisatorischen Zuordnung, sondern letztlich nach der Funktion, führt hier, da eine sachgesetzliche Inkompetenz des Staates für künstlerische Werturteile angenommen wird, gerade zum gegenteiligen Ergebnis.

cc) Die Entscheidung des Preisgerichts als Grundlage staatlichen Handelns

Das aus unabhängigen Sachverständigen gebildete Preisgericht ist keine staatliche Stelle, sein Spruch ist daher auch keine staatliche Entscheidung über den Wert künstlerischer Bemühungen. Nunmehr ist zu klären, ob der Staat dieses Urteil zur Grundlage kunstfördernder Maßnahmen, hier der Verleihung von Auszeichnungen und Prämien, machen darf. Auf den ersten Blick mag das immerhin wie eine Umgehung des aus Art. 5 Abs. 3 GG folgenden Verbotes erscheinen. Auch scheint es eine gewisse "Selbstverwaltung der Kunst" im Sinne ständischer Vorstellungen zu intendieren, wenn man den Staat auf die Bereitstellung der finanziellen Mittel beschränkt und die eigentliche Entscheidung einem nichtstaatlichen Gremium aus dem Bereich der Kunst überträgt; eine derartige Selbstverwaltung der Kunst oder, weiter ausgreifend, der Kultur läßt sich aber in das Grundgesetz und in die Länderverfassungen "schwerlich hineininterpretieren"¹⁹⁸⁾.

Beide Bedenken schlagen letztlich nicht durch. Der Sinn des Grundrechts der Kunstfreiheit ist, dem künstlerischen Schaffen freie

196) Damit ist nicht die These indiziert, es gebe "staatliche Aufgaben" an sich. Abgesehen von einem relativ kleinen Bezirk materialer staatlicher Aufgaben, wie Militär, Außenpolitik und Sicherheitspolizei, läßt sich kaum von wesensnotwendig staatlichen Funktionen sprechen. Verfassung, Parlament und Regierung entscheiden darüber, welchen Aufgaben sich der Staat zuwendet.

197) Zur Problematik des Kulturstaates, S. 15.

198) Vgl. Köttgen, Die Kulturpflege und der Bund, in: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, S. 196.

Entfaltung und der Kunst eigengesetzliche Entwicklung zu ermöglichen. Das wird gestört, wenn der Staat mit gezielten Maßnahmen hemmend und fördernd in den Bereich der Kunst eingreift oder wenn, was hier interessiert, monopolähnliche nichtstaatliche Kräfte dies tun. Die Verleihung eines staatlichen Kunstpreises ist gewiß eine gezielte Maßnahme der Kunstpflege. Sie berührt jedoch die Kunstfreiheit dann nicht mehr so einschneidend, wenn die Zielbestimmung nicht von einer staatlichen Stelle vorgenommen wird, sondern im Raum der Kunst selbst getroffen wird. Die Gefahr staatlicher Kunstlenkung ist damit ausgeschlossen. Der staatliche Einfluß, der noch bleibt, ist jener unauflösbare Rest, der stets vorhanden ist, wenn der Staat Kunstpflege betreibt, der etwa in der Berufung und Anstellung von Lehrern in Kunsthochschulen, in der Anstellung eines Intendanten, des Leiters einer Gemäldegalerie steckt.

Um eine ständisch inspirierte "Selbstverwaltung der Kunst" schließlich handelt es sich auch nicht; dazu fehlt es im Grund genommen schon an der erforderlichen Größenordnung und an der Zusammenfassung des ganzen Bereiches der Kunst. Die Anerkennung der Eigengesetzlichkeit bedeutet notwendigerweise eine gewisse Eigenständigkeit; damit ist aber noch keine staatliche Untergliederung nach ständischen Gesichtspunkten verbunden.

c) Ergebnis

Das Ergebnis, welches auf einer abstrakten Betrachtung des Preisgerichts beruht, ist die grundsätzliche Zulässigkeit staatlicher Kunstpreise, sofern die erforderliche künstlerische Auswahl von einer nichtstaatlichen Sachverständigenkommission getroffen wird. Daß das Ergebnis nicht ganz bedenkenfrei ist, soll allerdings nicht geleugnet werden¹⁹⁹⁾.

Die Untersuchung der staatlichen Kunstpreise wird abgeschlossen mit einer Überprüfung der derzeitigen Praxis im Bund und in den Ländern. Dabei sind vor allem drei Punkte zu beachten:

199) Die Behauptung von Andritzky, Die Problematik der Literaturpreise, Kulturarbeit 1961, S. 103, daß "die Vergabe von Kulturpreisen durch die öffentliche Hand absolut legitim" sei, ist Zweckoptimismus.

- 1) Die Unabhängigkeit der Jury ist bedingt durch die Zusammensetzung aus unabhängigen Sachverständigen²⁰⁰⁾. Im Idealfall besteht sie nur aus solchen Persönlichkeiten; die Beteiligung des Kultusministers bzw. im Bund des Leiters der Kulturabteilung im Innenministerium als beratender oder mitentscheidender Vorsitzender ist wegen der dadurch verstärkten Staatlichkeit der Jury bedenklich²⁰¹⁾, aber wohl noch möglich²⁰²⁾, ein zahlenmäßiges Übergewicht der staatlichen Amtsträger oder das Entscheidungsrecht bei Stimmengleichheit sind dagegen als unzulässig zu qualifizieren.
- 2) Die Jury muß endgültig über die Verleihung des Preises entscheiden. Wo sie nur Vorschläge unterbreitet, über die die Regierung entscheidet, ist die Vergabe des Kunstpreises eine unzulässige staatliche Maßnahme. Das ist selbstverständlich erst recht der Fall, wenn die Regierung von einem an sich als endgültig abgegebenen Votum des Preisgerichts abweicht, sei es, daß sie den Preis überhaupt nicht verleiht, sei es, daß sie einen anderen Preisträger bestimmt. Sie kann zwar jederzeit die Stiftung des Preises aufheben, aber dies darf nicht ad hoc geschehen, um eine bestimmte, bereits festgelegte Verleihung zu verhindern.
- 3) Da Personalentscheidungen meist auch Sachentscheidungen sind²⁰³⁾, kann der Staat über die Berufung der Preisrichter Einfluß auf die Auswahl der Preisträger nehmen²⁰⁴⁾. Das ist unzulässig. Um dieser Gefahr vorzubeugen, erscheint es zweckmäßig, die Juroren auf Vorschlag einer unabhängigen Stelle, etwa der Akademie

200) Zu ihnen sind auch Hochschullehrer zu rechnen, die, obwohl öffentliche Bedienstete, eine besondere Stellung genießen. Man wird schließlich auch kommunale Beamte noch zu den vom Staat unabhängigen Personen rechnen können.

201) Ridder, Vom allzu zeitigen Ausverkauf der Grundrechte, JZ 1953, S. 249, hält die Mitwirkung staatlicher Vertreter in den - gleichfalls nichtstaatlichen - Ausschüssen der FSK für bedenklich, weil sie "Ansätze eines staatlichen Kulturinterventionismus" bedeuteten. Dagegen Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 123.

202) So vom künstlerischen Standpunkt aus auch Andritzky, a.a.O. (199).

203) Vgl. Zeidler, Verfassungs- und Verwaltungsrechtliche Bedenken gegen die Errichtung einer Anstalt des öffentlichen Rechts "Zweites Deutsches Fernsehen", Rechtsgutachten, S. 47 f.

204) Vgl. E.R. Huber, Zur Problematik des Kulturstaates, S. 14 f.

der Künste²⁰⁵⁾, zu berufen. Dies ist nicht in jedem Land möglich und kann daher nicht zur Regel erhoben werden. Es läßt sich letztlich kaum mehr aussagen, als daß der Staat eben rechtlich verpflichtet ist, unabhängige Sachverständige zu berufen, die außerdem nicht alle einer bestimmten Kunstrichtung anhängen dürfen. Im übrigen erscheint es angebracht, die Zusammensetzung des Preisgerichts regelmäßig zu verändern, um einer einseitigen Verleihungspraxis vorzubeugen.

d) Untersuchung der einzelnen staatlichen Kunstpreise

aa) Der Bundesfilmpreis

Die Regelung, welche der Bundesminister des Innern durch Erlaß vom 12. April 1963 für den Deutschen Filmpreis getroffen hat²⁰⁶⁾, entspricht im wesentlichen den gezeigten Grundsätzen. Das Preisgericht besteht aus "etwa zwölf auf dem Gebiet des Films fachkundigen oder im kulturellen Leben erfahrenen Persönlichkeiten" (II 1), die vom Bundesminister des Innern für die Dauer von drei Jahren berufen werden (II 2). Den Vorsitz führt der Leiter der Abteilung für kulturelle Angelegenheiten des Bundes im Bundesministerium des Innern oder sein Vertreter. Sonstige Angehörige der Ministerien des Bundes oder der Länder können nicht berufen werden (II 3).

Über die Vergabe der Auszeichnungen entscheidet das Preisgericht (II 5). Erforderlich ist eine qualifizierte Mehrheit. Kommt sie nicht zustande, so ist vorgesehen, daß der Ausschuß beschließen kann, die endgültige Entscheidung des Bundesminister des Innern zu überlassen (II 5 Satz 3). Dies ist jedoch rechtlich unzulässig, weil sie das entscheidende Urteil über die Preiswürdigkeit einer staatlichen Stelle übertragen würde; das wäre ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG.

205) So die Regelung des Berliner Kunstpreises (Nr. 7 der Richtlinien v. 22.1.1963, AB1. S. 266).

206) Erlaß über den Deutschen Filmpreis, GMB1. 1963, S. 188.

bb) Baden-Württemberg

Das Land Baden-Württemberg verleiht vier verschiedene Kunstpreise, den Schiller-Gedächtnispreis, den Hebelpreis, den Hans-Thoma-Preis und, zusammen mit den Städten Baden-Baden, Mannheim und Stuttgart, den Deutschen Kunstpreis der Jugend, einen Förderpreis.

Über die Verleihung des Schiller-Gedächtnispreises an Dichter und Schriftsteller, "die durch ihr literarisches Schaffen würdig erscheinen, im Andenken Schillers geehrt zu werden"²⁰⁷⁾, entscheidet die Jury, der neben dem Kultusminister neun Persönlichkeiten des kulturellen und geistigen Lebens angehören²⁰⁸⁾. Soweit sie nicht kraft ihres Amtes oder durch freie Verbände bestimmt sind, werden sie vom Ministerpräsidenten auf Vorschlag des Kultusministers berufen. Dieses unabhängige Gremium von Fachleuten entscheidet über die Verleihung in einziger Instanz.

Über die Zuerkennung des Deutschen Kunstpreises der Jugend befindet ein Preisgericht, welches auf Vorschlag derjenigen Stadt, welche die Verleihungsfeier und die damit verbundene Kunstaussstellung veranstaltet, von den vier Trägern des Preises gemeinsam berufen wird. Die Satzung des Preises enthält keine näheren Bestimmungen darüber, welche Personen zu berufen sind; doch gehören dem Preisgericht nach Auskunft des Kultusministeriums Baden-Württemberg überwiegend unabhängige Fachleute an. Solange das der Fall ist, bestehen gegen die Vergabe des Kreises keine Bedenken, da die Preisrichter allein darüber entscheiden.

Die Regelungen über die Vergabe des Hebelpreises und den Hans-Thoma-Preises sind dürftig, so daß sie eine Beurteilung des Ver-

207) Art. 2 der Satzung v. 7.5.1955, Staatsanzeiger v. 9.11.1955; Änderung im Staatsanzeiger v. 15.10.1960.

208) Art. 8 der Satzung bestimmt, daß das Preisgericht besteht aus: dem Kultusminister, einem Professor für Literaturgeschichte von einer der drei Universitäten des Landes, einem Vertreter der Deutschen Schillergesellschaft, einem Vertreter der Deutschen Akademie für Sprache und Dichtung, einem Vertreter einer staatlichen oder städtischen Bühne, einem Vertreter des Süddeutschen Schriftstellerverbands, drei Persönlichkeiten des kulturellen und geistigen Lebens sowie dem letzten Preisträger.

fahrens nicht ermöglichen²⁰⁹⁾. Die Praxis dürfte den Anforderungen genügen, welche hier aufgestellt wurden²¹⁰⁾. Trotzdem wäre es gewiß angebracht, die Regelungen entsprechend umzugestalten.

cc) Bayern

Für den 1964 gestifteten Förderungspreis des Freistaates Bayern für junge Künstler und Schriftsteller fehlt bislang noch eine detaillierte Regelung. Nach einer Auskunft des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus²¹¹⁾ sollen jährlich fünf Preise, die mit Beträgen von höchstens DM 5.000,-- dotiert sind, an bildende Künstler (Maler, Bildhauer, Architekten und Kunstgewerber), Musiker und Schriftsteller vergeben werden.

Über die Auswahl der Preisträger sollen Sachverständigenausschüsse entscheiden, denen Hochschullehrer und freischaffende Künstler angehören. Sollten sie die einzigen oder die Mehrzahl der Mitglieder der Ausschüsse bilden und endgültig entscheiden, wem die Preise verliehen werden, so wäre die Regelung im Sinne der hier ermittelten Kriterien unbedenklich. Ein abschließendes Urteil ist indessen infolge der noch nicht völlig geklärten Sachlage vorläufig nicht möglich.

dd) Berlin

Geradezu vorbildlich ist die Regelung des "Berliner Kunstpreises" und des Preises "Junge Generation" in den Richtlinien vom 22. Januar 1963²¹²⁾. Das Preisgericht besteht aus drei mit dem betreffenden Kunstgebiet vertrauten Personen, die aufgrund von Vorschlägen der Akademie der Künste vom Senat berufen werden. Das Preisge-

209) Der Hebelpreis wurde durch Erlaß des Badischen Ministers des Kultus und Unterrichts v. 12.9.1935 (ABl. Bad. Min. des Kultus und Unterrichts v. 25.9.1935) gestiftet. Die Satzung des Hans-Thoma-Preises, der ebenfalls von der Badischen Regierung gestiftet worden ist, stammt vom 24.7.1950. (Sie wurde mir vom Kultusministerium Baden-Württemberg zugänglich gemacht.)

210) So jedenfalls nach der Auskunft des Kultusministeriums Baden-Württemberg.

211) Mir mit Schreiben vom 2.7.1964 erteilt.

212) ABl. für Berlin 1963, S. 266.

richt entscheidet allein und endgültig über die Vergabe des Preises, der in jeder seiner sechs Abteilungen alljährlich verliehen wird. Hat das Preisgericht gegen die geltenden Richtlinien verstoßen, so wird ein Preis nicht verliehen; diese Entscheidung des Senats kann aber nicht auf künstlerische Gesichtspunkte gestützt werden.

ee) Bremen

Die von der Freien Hansestadt Bremen 1961 errichtete rechtsfähige "Rudolf Alexander Schröder-Stiftung" verleiht den mit DM 8.000,-- dotierten "Literaturpreis der Freien Hansestadt Bremen", der für ein einzelnes Werk eines deutschsprachigen Dichters oder Schriftstellers vergeben wird²¹³⁾. Der Preis dient der Förderung des literarischen Nachwuchses. Über die Vergabe entscheidet ein eigens hierfür berufenes Kollegium, dem neben vier für die Dauer von vier Jahren berufenen Mitgliedern der jeweils letzte Preisträger angehört²¹⁴⁾. Die Mitglieder werden vom Vorstand der Stiftung berufen; sie beraten und beschließen gemeinsam mit dem vom Senat berufenen dreiköpfigen Vorstand. Die Satzung enthält keine Bestimmungen über die Auswahl der Mitglieder des Vorstandes und des Kollegiums für den Literaturpreis. Entsprechend den hier entwickelten Kriterien ist für die Rechtmäßigkeit der Preisvergabe erforderlich, daß wenigstens die Mitglieder des Kollegiums unabhängige Sachkenner sind. Das ist bisher tatsächlich wohl auch der Fall, wie überhaupt der Aufbau der Stiftung und ihrer Kollegien darauf hindeutet, daß die kulturellen Entscheidungen im wesentlichen von Privaten für den Staat getroffen werden sollen. Werden in das Kollegium, das zusammen mit dem Stiftungsvorstand beschließt, unabhängige Fachleute berufen, so ist die getroffene Regelung einwandfrei, da die achtköpfige Jury endgültig über die Preisverleihung entscheidet²¹⁵⁾.

213) § 9 der Satzung v. 22.3.1961 (mir vom Senator für das Bildungswesen zur Verfügung gestellt).

214) § 9 Abs. 3 Satzung.

215) Offenbar sollte mit der durch die Satzung getroffenen Regelung eine Wiederholung des Falles von 1959 vermieden werden; vgl. oben, S. 213 Anm. 184.

ff) Hamburg

Die Freie und Hansestadt hat vier überregionale und zwei regionale Kunstpreise gestiftet.

Die Regelung der überregionalen Kunstpreise, des Bach-Preises (Musik), des Lessing-Preises (Literatur), des Lichtwark-Preises (Bildende Kunst) und des Fritz Schumacher-Preises (Architektur, Städtebau), ist im wesentlichen übereinstimmend. Jeder Preis wird in dreijährigem Turnus verliehen und ist mit DM 20.000,-- ausgestattet, von denen der Preisträger DM 15.000,-- erhält, während DM 5.000,-- als Stipendien an Nachwuchskräfte vergeben werden²¹⁶⁾. Über die Verleihung entscheidet eine Jury, die aus sieben Personen besteht, die der Senat beruft. Die Juroren sind unabhängige Sachkenner; nur der Jury des Fritz Schumacher-Preises gehört ein Amtsträger des Landes, nämlich der Oberbaudirektor, an. Das Preisgericht trifft die endgültige Entscheidung über die Vergabe des Preises, welche dann vom Senat nur verkündet wird²¹⁷⁾. Die Regelung wird somit den vom Verfassungsrecht her zu stellenden Anforderungen gerecht.

Das läßt sich im wesentlichen auch für die beiden regionalen Preise feststellen, den Edwin Scharff-Preis (Malerei und Bildhauerei) und den Alexander Zinn-Preis (Literatur); dieser wird alljährlich, jener alle zwei Jahre verliehen; beide sind mit DM 10.000,-- dotiert. Das Preisgericht besteht für beide Preise aus sieben Personen, Vorsitzender ist der Präses der Kulturbehörde. Der Jury des Alexander Zinn-Preises gehören daneben sechs Sachkenner an, von denen je zwei der Senat sowie die Freie Akademie der Künste und der Schutzverband Deutscher Autoren berufen. Die Jury des Edwin Scharff-Preises setzt sich neben dem Vorsitzenden aus einem vom Senat berufenen, zwei von der Bürgerschaft gewählten und drei vom Berufsverband bildender Künstler Hamburg e.V. entsandten Mitgliedern zusammen.

Für alle Hamburger Kunstpreise gilt, daß solange gegen ihre Verleihung nichts einzuwenden ist, als die Juroren in der Mehrzahl tat-

216) So Art. 1 der jeweiligen Satzung. (Die Satzungen sind mir von der Kulturbehörde zugänglich gemacht worden.)

217) So § 7 der Geschäftsordnungen der Preisrichterkollegien für die einzelnen Preise.

sächlich freie Fachleute sind. Wünschenswert wäre, daß die Jury sich nur aus solchen Personen zusammensetzte.

gg) Hessen

Das Land Hessen verleiht keinen Kunstpreis. Die Goethe-Plakette wird allgemein für Verdienste um das kulturelle Leben verliehen. Darüber entscheidet der Kultusminister nach freiem Ermessen²¹⁸⁾. Die Goethe-Plakette ist eher ein "Kultur-Orden", denn eine Maßnahme der Kunstförderung. Künstlerische Werturteile dürften ihrer Verleihung wohl kaum zugrunde liegen.

Der Hessische Staatspreis für das deutsche Kunsthandwerk, den der Minister für Wirtschaft und Verkehr nach dem Votum einer Jury zuerkennt, fällt aus dem Themenbereich dieser Untersuchung heraus.

hh) Niedersachsen

Der "Große Niedersächsische Kunstpreis" (bildende Kunst, Musik oder Literatur)²¹⁹⁾, der mit DM 25.000,-- dotiert ist, wird von einer Jury verliehen, die aus je fünf Sachkennern für die drei Kunstgebiete zusammengesetzt ist. Die Preisrichter werden für sechs Jahre vom Kultusminister berufen, der als nicht stimmberechtigtes Mitglied der Jury vorsitzt. Diese trifft die endgültige Entscheidung. Die getroffene Regelung ist insoweit einwandfrei.

Das gilt auch für die Verleihung des "Niedersächsischen Förderungspreises für junge Künstler", der alljährlich für die drei genannten Kunstgebiete verliehen wird. Der für jedes Gebiet zur Verfügung stehende Betrag von DM 10.000,-- wird in mehrere Preise aufgeteilt. Über die Vergabe entscheiden die für das betreffende Gebiet sachverständigen fünf Mitglieder der Jury des "Grossen Kunstpreises".

218) Nach einer mit Schreiben vom 11.8.1964 erteilten Auskunft des Kultusministeriums.

219) Vgl. Bekanntmachung des Kultusministers v. 27.2.1963, Niedersächs. MinBl., S. 218.

ii) Nordrhein-Westfalen

Der Große Kunstpreis des Landes Nordrhein-Westfalen, im Jahre 1953 gestiftet²²⁰⁾, wird in fünf Einzelpreisen verliehen, für Malerei, Bildhauerei, Baukunst, Musik und Literatur. Über die Zuerkennung jedes Preises entscheidet eine Jury; sie stützt sich dabei auf Vorschläge einer Vorschlagskommission, an die sie jedoch nicht unbedingt gebunden ist²²¹⁾. Die Jury besteht jeweils aus dem Ministerpräsidenten als Vorsitzendem, dem Kultusminister als stellvertretendem Vorsitzenden, einem Lehrer einer Hochschule des Landes, zu dessen Fach das Gebiet gehört, in dem der Preis verliehen wird, und vier weiteren Kunstsachverständigen, welche der Ministerpräsident auf Vorschlag des Kultusministers beruft²²²⁾. In der Jury besteht somit stets ein deutliches zahlenmäßiges Übergewicht der unabhängigen Sachkenner. Daß dies mit Bedacht geregelt ist, zeigt die Zusammensetzung der Jury für den Preis für Baukunst. Da ihr zusätzlich der Minister für Wiederaufbau angehört, ist die Zahl der Juroren hier auf neun erhöht, wodurch die Relation der anderen Preisgerichte gewahrt ist.

Die Preisgerichte entscheiden endgültig über die Preisvergabe. Die Regelung gibt daher zu besonderen Bedenken keinen Anlaß.

kk) Rheinland-Pfalz

Die Jury des Kunstpreises Rheinland-Pfalz setzt sich aus einem festbestimmten²²³⁾ und drei vom Minister für Unterricht und Kultus

220) Vgl. GVBl. S. 241. Die Satzungsbestimmungen sind zitiert nach dem Abdruck in: Staat und Kunst. Vgl. auch MinBl. Nordrhein-Westfalen 1963, S. 1115 f.

221) Vgl. Nr. 8a der Satzung jedes Einzelpreises: "Die Jury kann nach einstimmigem Beschluß den Preis auch einem Künstler zuerkennen, der nicht in den Vorschlägen der Vorschlagskommission namhaft gemacht worden ist".

222) Nr. 6 der einzelnen Satzungen.

223) Nach Nr. 6 der Satzung v. 27.10.1959 (Abl. S. 261) i.d.F. v. 23.2.1961 (Abl. S. 106 und 123) gehört der Jury an:

- a) für den Kunstpreis für Bildhauerei und Malerei: der Direktor des Hochschulinstituts für Kunst und Werkerziehung in Mainz;
- b) für den Kunstpreis für Musik: der Leiter des Staatlichen Hochschulinstituts für Musik in Mainz;
- c) für den Kunstpreis für Literatur: der Vorsitzende der Kommission für Literatur der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz

frei berufenen Sachverständigen sowie dem Minister, der den Vorsitz führt, zusammen. Nach den Ausführungsbestimmungen hat dieser bei Stimmengleichheit das Entscheidungsrecht. Diese Regelung ist, wie gezeigt, unzulässig. Das Preisgericht entscheidet endgültig über die Verleihung.

Unzulässig ist ferner die Vorschrift, daß bei der Beurteilung des künstlerischen Gesamtchaffens zu berücksichtigen ist, ob das Gesamtwerk des Künstlers Anerkennung in der Öffentlichkeit gefunden hat. Denn damit wird eine Voraussetzung postuliert, welche die freie Entscheidung der Jury erheblich einengt und als Kriterium einer künstlerischen Leistung verfehlt ist. Darauf abzustellen beschwört eine der schlimmsten Gefahren des staatlichen Mäzenatentums: sich aus Bequemlichkeit an der "kulturellen Verspätung" fördernd zu beteiligen²²⁴⁾.

11) Saarland

Die Regelung des Kunstpreises des Saarlandes²²⁵⁾ entspricht in den wichtigsten Punkten der des Kunstpreises Rheinland-Pfalz. Die fünfköpfige Jury unter Vorsitz des Ministers für Kultus, Unterricht und Volksbildung, dem wiederum die in Wahrheit unzulässige Entscheidung bei Stimmengleichheit zustehen soll²²⁶⁾, entscheidet endgültig über die Verleihung des Preises. Über die vier Beisitzer des Preisgerichts und ihre Berufung ist nichts Näheres bestimmt; sie müssen nach den allgemeinen Grundsätzen unabhängige Sachkenner sein.

Für den Regelfall der Vergabe des Kunstpreises sind keine besonderen Bestimmungen erlassen worden. Wenn die Jury jedoch den vorgesehenen Betrag als Förderungszuwendung an junge Künstler vergeben will, so ist ihr vorgeschrieben, solche Künstler zu bedenken, "deren bisheriges Schaffen öffentlich anerkannt ist ..." ²²⁷⁾. Diese

224) Vgl. Marta Mierendorff, Zur Typologie der Vorurteile über Kunst und Kunstleben, Kulturarbeit 1958, S. 188 ff.; Roh, Der verkannte Künstler. Studien zur Geschichte und Theorie des kulturellen Mißverstehens.

225) Erlaß betr. den Kunstpreis des Saarlandes v. 23.3.1959, ABl. S. 677, i.d.F. v. 13.7.1960. (Die geltenden Richtlinien sind mir vom Ministerium für Kultus, Unterricht und Volksbildung zur Verfügung gestellt worden.)

226) Art. 7 Abs. 1 Satz 2 Erlaß v. 23.3.1959.

227) Art. 8 Nr. 3 Erlaß v. 23.3.1959.

Bestimmung ist wiederum unzulässig.

mm) Schleswig-Holstein

Die Regelung des 1950 gestifteten Kunstpreises des Landes Schleswig-Holstein, der alle zwei Jahre verliehen wird und mit einer Zuwendung von DM 10.000,-- verbunden ist, gibt Anlaß zu Bedenken. Das Preisgericht besteht aus dem Kultusminister bzw. seinem Vertreter und den Mitgliedern des Künstlerischen Beirates des Kultusministeriums. Es kann durch drei "mit dem kulturellen Schaffen im Lande vertraute Persönlichkeiten"²²⁸⁾ ergänzt werden. Der Künstlerische Beirat setzt sich aus sieben - ebenfalls mit der Kultur des Landes vertrauten - Personen, darunter vier Hochschullehrern, zusammen²²⁹⁾. Die Zusammensetzung des Preisgerichts ist nur dann nicht zu beanstanden, wenn die Mitglieder des Beirates, welche die Jury im wesentlichen ausmachen, unabhängige Sachkenner und nicht Glieder eines staatlichen Verwaltungsausschusses sind. Das ist deshalb nicht auszuschließen, weil dieser Beirat eine dauernde Einrichtung ist, welche vielfältige Aufgaben im Amtsbereich des Kultusministeriums wahrzunehmen hat. Trotzdem könnte man die schleswig-holsteinische Regelung deswegen als zulässig ansehen, da sich die Zusammensetzung der Jury so verstehen läßt, daß die Mitglieder des Beirates dem Preisgericht als einzelne Sachkenner, nicht aber als der Beirat selbst angehören. Entscheidend ist indessen, daß das Preisgericht dem Ministerpräsidenten nur einen Vorschlag unterbreitet, nicht aber selbst endgültig über die Person des Preisträgers entscheidet. Der Ministerpräsident ist an den Vorschlag nicht gebunden²³⁰⁾. Damit beruht aber die Verleihung auf einem staatlichen Werturteil über künstlerische Leistungen und verstößt daher gegen das verfassungsmäßige Verbot solcher Urteile.

228) § 5 Abs. 2 der Satzung (mir vom Kultusministerium zur Verfügung gestellt).

229) Auskunft des Kultusministeriums v. 6.8.1964.

230) § 5 Abs. 1 Satzung. Diese Auslegung der Bestimmung ("Der Ministerpräsident verleiht den Kunstpreis auf Vorschlag des Preisgerichts") ist mir vom Kultusministerium durch die genannte Auskunft (229) bestätigt worden.

e) Die Versagung des Rechtsweges in den Richtlinien

Fast alle Richtlinien über die Vergabe von Kunstpreisen enthalten die Bestimmung, daß gegen die Entscheidung der Jury der Rechtsweg nicht gegeben sei²³¹⁾. Die rechtliche Bedeutung dieser Bestimmungen ist zweifelhaft. Zum einen stellt sie jedenfalls keine gültige Rechtsnorm dar, denn auch wenn man Verwaltungsvorschriften überhaupt als Normen ansieht²³²⁾, fehlt es an den rechtlichen Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit. Zum anderen könnten sie den Art. 19 Abs. 4 GG nicht außer Kraft setzen.

Aufgrund der hier vertretenen Ansicht ergibt sich folgendes: Die Jury ist in der Regel eine nichtstaatliche Einrichtung, sie übt auch keine öffentlichrechtliche Gewalt aus. Ihr Votum ist daher grundsätzlich nicht vor den Gerichten angreifbar. Wohl aber ist die Verleihung des Kunstpreises durch die Regierung oder einen Minister eine hoheitliche Maßnahme²³³⁾. Wird durch sie jemand in seinen Rechten verletzt, so steht ihm demnach der Rechtsweg offen. Als verletzte Rechte könnten praktisch nur das Recht auf Gleichbehandlung und die Freiheit des künstlerischen Schaffens in Betracht kommen. In beiden Fällen sind die Voraussetzungen einer Verletzung durch die Zuerkennung eines Kunstpreises an einen Dritten wohl nur in Ausnahmefällen nachweisbar. Dann aber kann der Rechtsschutz nicht ausgeschlossen sein.

5. Staatliche Theater und Orchester

Die Länder der Bundesrepublik unterhalten staatliche Theater und Orchester. Damit sind vielfältige rechtliche Probleme verbunden, von denen hier nur die mit der künstlerischen Freiheit zusammenhängenden untersucht werden sollen. Ihre Besonderheit liegt in

231) z.B. Erlaß über den Deutschen Filmpreis: Nr. II 5 Satz 4; Richtlinien für die Verleihung des "Berliner Kunstpreises" und des Preises "Junge Generation": Nr. 8 Abs. 2 Satz 1; Satzung des Kunstpreises Rheinland-Pfalz: Nr. 8 Satz 2; Erlaß betr. den Kunstpreis des Saarlandes: Art. 7 Abs. 3 ("Die Entscheidung des Preisgerichts ist endgültig"). Eine entsprechende Bestimmung fehlt in der Satzung für den Kunstpreis des Landes Schleswig-Holstein.

232) Vgl. Brohm, Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, DÖV 1964, S. 238 ff.

233) Vgl. dazu oben, S. 129 ff.

dem Umstand, daß bei diesen Einrichtungen die Staatsverwaltung einen eigengesetzlichen Bereich umschließt²³⁴⁾, während sie sonst, sieht man von den Ausbildungsstätten ab, einem außerhalb ihrer selbst liegenden Bereich gegenübersteht.

a) Ihre besondere Bedeutung für das Gemeinwesen

Theater und Ballett - letzteres wird hier nicht besonders genannt, weil es kein selbständiges, d.h. nicht mit einer Bühne verbundenes staatliches Ballett in der Bundesrepublik gibt - sind die am wenigsten sich selbst genügenden Künste; sie sind vor allen anderen für ein Publikum da. Mit gewissen Abstrichen gilt das auch für das Orchester, besonders für das große Konzertorchester. Der Zusammenklang der Einzelleistungen ist nur dem Außenstehenden richtig erkennbar. So sind denn auch diese Einrichtungen zuerst für das Publikum da, und die öffentliche Hand unterhält oder fördert sie primär im Interesse des Publikums. Deshalb rechnen diese Veranstaltungen auch zum Kreis der sog. Daseinsvorsorge²³⁵⁾.

Im übrigen dient die staatliche Kunstförderung vor allem dem Künstler, wenngleich die allgemeine Bedeutung der Kunst natürlich immer der Ursprung öffentlicher Kunstpflege ist. Hier nun ist die Unterstützung der Künstler, Dichter, Schauspieler, Regisseure, Komponisten und ausübenden Musiker, erst das sekundäre Ziel staatlicher Tätigkeit. Manchmal scheint es allerdings notwendig hervorzuheben, daß dies immerhin auch ein Zweck der Unterhaltung von Bühnen und Orchestern ist.

Schließlich muß man, ähnlich wie bei den Kunstpreisen, einen Zweck dieses staatlichen Handelns auch in der Repräsentation des Gemeinwesens sehen, wozu gerade die Unterhaltung von Theatern und Orchestern besonders geeignet ist.

234) Über die zahlreichen Reibungen und Probleme, welche daraus entstehen, berichten Becker-Kluge, Kulturpolitik und Ausgabenkontrolle, S. 152 ff.

235) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 322.

b) Die Stellung des künstlerischen Leiters

Das für diese Untersuchung wichtige Problem ist die Frage, welches Maß an Freiheit den am Theater oder im Orchester tätigen Künstlern zugestanden werden muß. Dabei macht es keinen wesentlichen Unterschied aus, ob die Einrichtung vom Staat in privater Rechtsform oder als Regiebetrieb geführt wird²³⁶⁾; denn in jedem Falle ist der Staat an die Grundrechte gebunden²³⁷⁾.

Während die Tätigkeit der Regisseure, Schauspieler, Sänger und Orchestermitglieder von staatlichen Stellen nur in seltenen Ausnahmefällen beschränkt wird, ist der für die künstlerische Leitung des Theaters und damit in der Regel²³⁸⁾ für die Spielplangestaltung verantwortliche Intendant dieser Gefahr in stärkerem Maße ausgesetzt²³⁹⁾. (Bei den Konzertorchestern liegt der Fall an sich ähnlich, jedoch sind hier bislang keine Fälle einer Beeinträchtigung bekannt geworden.) Der Intendant verkörpert die Einheit des Theaters, dessen Stil er entscheidend bestimmt. Dabei muß er sich im Rahmen der Zweckbestimmung des Theaters, wie sie der Staat vorge-

236) Eine besondere Form der Theaterbühnen sind die sog. Landesbühnen, Wanderbühnen zur "kulturellen Versorgung" des flachen Landes. In Baden-Württemberg bestehen drei derartige Landesbühnen: die Unterländer Volksbühne ist ein eingetragener Verein, die Württembergische Landesbühne in Eßlingen und das Landestheater Württemberg-Hohenzollern sind rechtsfähige öffentliche Anstalten (vgl. Satzung der Württembergischen Landesbühne v. 7.5.1953, GBl. Baden-Württemberg, S. 81, geringfügig geändert am 19.9.1958, GBl., S. 202, und am 25.8.1961, GBl. S. 333; Satzung des Landestheaters Württemberg-Hohenzollern v. 12.9.1950 i.d.F. v. 29.10.1962, Staatsanzeiger 1963 Nr. 36, S. 6). Die Verwaltung dieser Anstalten obliegt einem Vorstand bzw. Verwaltungsrat, dem Vertreter des Landes sowie der beteiligten Städte und Landkreise angehören. Die künstlerische Leitung obliegt, wie üblich, dem Intendanten, der dafür dem Vorstand bzw. Verwaltungsrat verantwortlich ist.

237) Vgl. Zeidler, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, S. 229; im übrigen vgl. dazu oben, S. 109 ff. und S. 112 f.

238) Ropertz, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 116 Anm. 1, weist darauf hin, daß dem Intendanten auch ein künstlerischer Beirat beigegeben sein kann, dem etwa die Spielplangestaltung obliegt.

239) Allerdings sind bisher nur wenige Fälle unzulässiger Beschränkung bekannt geworden. Darauf weist Bettermann, Rundfunkfreiheit und Rundfunkorganisation, DVBl. 1963, S. 44, hin.

nommen hat, halten, darf also aus einer Schauspielbühne etwa keine Oper machen. Außerdem ist er an das Haushaltsvolumen seines Instituts gebunden. Innerhalb dieses Rahmens, d.h. in der eigentlichen künstlerischen Sphäre des Theaters, ist er grundsätzlich frei, weil er insoweit künstlerisch tätig wird²⁴⁰⁾.

Dieser Grundsatz wirft mannigfache Probleme auf: Der Intendant besitzt seine Gestaltungsmacht über das Theater nicht kraft ursprünglichen Rechts, sondern aufgrund der - in aller Regel privatrechtlichen - Anstellung. Endet das Anstellungsverhältnis, wogegen ihn Art. 5 Abs. 3 GG nicht schützt, so verliert er seine Rechtsstellung. Die Motivation der Kündigung ist auch nicht durch Art. 5 Abs. 3 GG eingeschränkt, etwa in der Weise, daß künstlerische Wertentscheidungen ausscheiden müßten. Das trifft deshalb nicht zu, weil das Theater nicht primär dem Künstler dient, sondern der Öffentlichkeit und weil der Staat dieses Instrument der Repräsentation nicht für unbestimmte Zeit völlig aus der Hand geben kann, wenn es als solches Wert behalten soll.

Der Staat muß vielmehr die Möglichkeit haben, es stets wieder mit seinen Vorstellungen über die Art dieser Repräsentation in Einklang zu bringen. Die Zulässigkeit dieser Einflußmöglichkeit wäre allerdings dann anders zu behandeln, wenn es, ähnlich wie bei den Rundfunkanstalten, nur einige wenige Theater geben könnte²⁴¹⁾.

Die These, daß auch aus künstlerischen Motiven ein Einfluß des Staates auf das von ihm unterhaltene Theater zulässig sei, bedarf allerdings zweier wesentlicher Einschränkungen: Eine Einflußnahme ist nicht möglich, solange der Intendant die künstlerische Leitung ausübt, und sie kann auch nicht unbegrenzt im Anstellungsvertrag mit ihm vorbehalten werden.

Wenn der Intendant zur Leitung des Theaters angestellt ist, so obliegt ihm neben anderen Aufgaben die Gestaltung des Spielplans, die Berufung und Bestimmung der Mitwirkenden. Dabei darf er in seiner Entscheidungsfreiheit nicht beeinträchtigt werden, den ihm übertragenen Bereich innerhalb der rechtlich gültigen Schranken, die sich aus anderen als künstlerischen Gesichtspunkten ergeben, frei zu ge-

240) Im Ergebnis übereinstimmend Roepertz, a.a.O. (238), S. 114 ff.

241) Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.2.1961, BVerfGE 12, 205 (259 f.).

stalten. Auf diese Freiheit kann der Intendant auch nicht wirksam verzichten, und der Staat darf zugleich einen solchen Verzicht weder verlangen noch annehmen. Insoweit ist er in der Ausformung des Anstellungsvertrages gebunden, so daß die legitime künstlerische Einflußmöglichkeit des Staates praktisch nur in der Wahl des Intendanten besteht.

Der in der öffentlichen Diskussion des öfteren zu hörende Einwand, der Staat (oder die Gemeinde) könne nicht verpflichtet sein, dem Intendanten das Theater auszuliefern, sticht nicht. Von der künstlerischen Freiheit des Theaters bliebe nichts übrig, wollte man der Verwaltung ein Einflußrecht auf den Spielplan und die Gestaltung der Aufführungen einräumen. Da aber die Tätigkeit des Theaterregisseurs und des künstlerischen Personals auch zum Bereich der Kunst gehört, ist der Staat durch Art. 5 Abs. 3 GG gehindert, sie zu beschränken. Sie ist nur insoweit begrenzt, als dies aus der Struktur und der Aufgabe des Theaters heraus unerläßlich ist. Daß die künstlerische Freiheit der übrigen Mitglieder des Ensembles durch die Leitungsbefugnis des Intendanten eingeschränkt ist, bedarf keiner besonderen Begründung.

Das für das Theater Ausgeführte gilt entsprechend auch für das staatliche Orchester.

6. Zuschüsse für künstlerische Veranstaltungen

Bei den zahlreichen Zuschüssen, die der Staat für künstlerische Veranstaltungen - im weitesten Sinne - gewährt, ergeben sich unter dem Blickwinkel des Art. 5 Abs. 3 GG zwei Fragenkomplexe: die Auswahl der zu unterstützenden Unternehmungen und die Verknüpfung der Zuwendungen mit Auflagen. Es wird allerdings im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich sein, alle Arten dieser Zuschüsse speziell zu untersuchen; daher sollen die sich aus dem Grundrecht der Kunstfreiheit ergebenden Grundsätze am Beispiel der Filmprämien und der Ermäßigung der Vergnügungssteuer für wertvolle Filme entwickelt werden.

a) Die kulturelle Bedeutung als Auswahlprinzip

Mit den genannten Zuwendungen fördert der Staat vorwiegend solche künstlerischen Veranstaltungen, die eine größere Bedeutung für das kulturelle Leben haben²⁴²⁾. Das wird etwa deutlich am Beispiel der Zuschüsse an kommunale oder private Theater und Orchester, für repräsentative Ausstellungen wie die in Kassel stattfindenden "Documenta"-Ausstellungen²⁴³⁾, für berühmte Festspiele oder solche, die das Kulturleben der Provinz bereichern, an private oder kommunale Kunstausbildungsstätten oder schließlich der Prämien für gute Filme. Zu den hier interessierenden Zuschüssen ist auch die Befreiung künstlerischer Veranstaltungen von allgemeinen Lasten, vor allem der Vergnügenssteuer, zu rechnen. Diese Maßnahmen sollen die Kosten der begünstigten Veranstaltungen verringern und haben daher indirekt die gleiche Wirkung wie unmittelbare Zuschüsse²⁴⁴⁾.

Der Staat könnte durch gezielten Einsatz dieser Mittel Kunstpolitik im Sinne einer Steuerung der Kunst betreiben, indem er genehmen künstlerischen Bemühungen die Durchsetzung wesentlich erleichtert oder solche Bemühungen überhaupt erst möglich macht. Will man die Zulässigkeit derartiger Zuwendungen nicht völlig verneinen, so müssen daher Kriterien gefunden werden, welche die erforderliche Bestimmung des zu Fördernden mit dem Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG in Einklang halten. Denn eine Auswahl des zu Fördernden ist bei realistischer Betrachtung unumgänglich.

Der Staat kann sich selbstverständlich auch hier nicht nach dem künstlerischen Wert richten; aber das ist, anders als bei den Kunstpreisen, auch gar nicht immer beabsichtigt. Vielmehr spielen häufig Gesichtspunkte der Erforderlichkeit öffentlicher Unterstützung und der kulturellen Bedeutung der geplanten Veranstaltung

242) So auch der damalige Bundesminister des Innern Schröder in der Kulturdebatte des Deutschen Bundestages am 12.2.1960, BT 3. Wahlper., StenProt., S. 5433 ff. (5434 D): "Der freiheitliche Staat tritt in der Regel nur als Förderer kultureller Bestrebungen und Veranstaltungen auf, wenn deren kulturelle Bedeutung seine Unterstützung rechtfertigt".

243) Vgl. dazu Hörstel, Rechtsfragen zur Kunstsubvention; Zimmermann, Die zweite "documenta" in Kassel, Kulturarbeit 1959, S. 189 ff.

244) Vgl. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 504.

die ausschlaggebende Rolle, und zwar sowohl bei der Bestimmung der begünstigten Kunstart wie auch bei der Auswahl innerhalb derselben. So haben eben Theater und Orchester oder der Film für die breite Öffentlichkeit eine größere Bedeutung als etwa bildende Kunst und Ballett; darum wendet der Staat seine Förderung durch finanzielle Zuschüsse jenen in größerem Umfange zu. Zugleich berücksichtigt er, daß das zwölfte Privattheater in einer Landeshauptstadt, die über große öffentliche Bühnen verfügt, für das Kulturleben weniger Bedeutung hat als die einzige Provinzbühne einer Gegend. Hinzu kommt, daß das Privattheater der Großstadt eher aus eigener Kraft bestehen kann als das Provinztheater. Die Erforderlichkeit staatlicher Unterstützungen ist etwa auch bei großen Theaterfestspielen und bei großen Kunstausstellungen augenscheinlich²⁴⁵⁾.

Wenn der Staat die Pflege des kulturellen Lebens, speziell der Kunst, als seine Aufgabe ansieht, so handelt er sachgerecht, wenn er die genannten und ähnliche Gesichtspunkte berücksichtigt. Untersagt ist ihm dagegen, seiner Entscheidung über das zu Fördernde ein künstlerisches Werturteil zugrunde zu legen. Unzulässig ist es auch, die Zuwendung an Bedingungen oder Auflagen zu knüpfen, die eine Beschränkung der künstlerischen Freiheit darstellen. Die belastende Wirkung derartiger Nebenbestimmungen wird durch die Verbindung mit einer Begünstigung nicht etwa aufgehoben. Diese wäre vielmehr nur ein besonders wirksames Mittel zu rechtswidriger staatlicher Kunstpolitik.

b) Speziell: Die Bundesfilmprämien

Die Breitenwirkung des Films und die wirtschaftliche Notlage der deutschen Produktion haben den Bund zu ihrer Unterstützung veranlaßt, die heute, abgesehen vom Deutschen Filmpreis, in Form der Spiel- und Kulturfilmprämien geschieht²⁴⁶⁾. "Zweck der Prämien-

245) Vgl. etwa die Angaben bei Hörstel, Fragen zur Kunstsubvention, S. 7 und 11 f., über den finanziellen Aufwand der "documenta II": Die Documenta GmbH erhielt vom Bund, Land Hessen und der Stadt Kassel einen verlorenen Zuschuß von je DM 100.000,--. Am Ende betrug das verbliebene Defizit dennoch DM 250.000,--.

246) Vgl. Erlaß des Bundesministers des Innern über die Vergabe von Spielfilmprämien v. 30.11.1964, GMB1. S. 622; Erlaß des Bundesministers des Innern über die Vergabe von Kulturfilmprämien v. 16.8.1962, GMB1. S. 402.

vergabe ist es, durch die Auszeichnung guter Leistungen zu einer allgemeinen Verbesserung der deutschen Spielfilme beizutragen"²⁴⁷⁾. Damit sind die Filmprämien in die Nähe des Deutschen Filmpreises gerückt, wie denn auch die Regelung der beiden Erlasse weitgehend übereinstimmt mit dem Unterschied, daß ein Filmpreis für hervorragende Leistungen, eine Prämie aber schon für "gute" Filme gewährt werden kann²⁴⁸⁾. Dennoch müssen die Filmprämien als allgemeine Zuschüsse angesehen werden, weil sie eine breite Förderung darstellen und nicht auf die beste, d.h. eine außergewöhnliche Leistung abstellen²⁴⁹⁾, zudem weil sie beim Publikum nicht bekannt gemacht werden und ihnen daher eine wesentliche Wirkung der Kunstpreise fehlt.

aa) Das Kriterium der Auswahl

Die Entscheidung über die Vergabe einer Spielfilmprämie erfolgt nach dem Kriterium, daß es sich um einen "guten" Film, nicht um einen "Propagandafilm" oder einen gegen Strafbestimmungen verstossenden Film und nicht um einen Film handelt, der als Ganzes oder in einzelnen Szenen nicht "auf das sittliche und religiöse Empfinden angemessene Rücksicht" nimmt²⁵⁰⁾.

Diese Regelung gibt zu Bedenken Anlaß; denn die geforderte angemessene Rücksichtnahme kann eine Beeinträchtigung der künstlerischen Freiheit bedeuten. Daß nur gute Filme ausgezeichnet werden sollen, kann überdies ein künstlerisches Werturteil zur Voraussetzung einer Prämienvergabe machen. Beides ist zu prüfen.

Ein politischer "Propagandafilm" im Sinne des Erlasses wird in der Regel kein Kunstwerk sein²⁵¹⁾. Daher ist der Ausschluß solcher Filme nicht zu beanstanden. Allerdings muß angemerkt werden, daß eine

247) Einleitung zum Erlaß v. 17.4.1962, GMBI. S. 192.

248) Drehbuchprämien wurden dagegen auch nur für "besonders hervorragende Drehbücher" vergeben, Nr. I B Erlaß v. 17.4.1962.

249) Vgl. auch Bundeshaushaltsplan 1964, Kap. 0602, Tit. 611, Erläuterung zu 1: "... Filme ..., die nach Thema und Gestaltung bemerkenswert sind und in ihrer Qualität über dem allgemeinen Durchschnitt liegen".

250) Nr. I A 1 in Verbindung mit V 1 Abs. 2 Erlaß v. 30.11.1964.

251) Vgl. Horst, Der Auftrag der Kunst, in: Schicksalsfragen der Gegenwart, 5. Band, S. 135; Krings, Was heißt wertvoll? S. 23.

bestimmte weltanschauliche oder eine andere Tendenz einen Film noch nicht zur Propaganda macht. Das ist vielmehr erst der Fall, wenn der Film grob unehrlich ist²⁵²⁾; es handelt sich also ähnlich wie beim Kitsch um ein ethisches Urteil, das zu treffen ist, um den Tatbestand zu klären.

Unproblematisch ist auch der Ausschluß von Filmen, die gegen Strafbestimmungen verstoßen, weil insoweit die Berufung auf das Grundrecht der Kunstfreiheit versagt²⁵³⁾. Fragwürdig dagegen ist die Forderung angemessener Rücksichtnahme auf das sittliche und religiöse Empfinden. Wessen Empfinden soll nicht gestört werden? Es besteht die Gefahr, daß hier auf den "homunculus normalis" des Reichsgerichts²⁵⁴⁾ abgestellt wird, was zu einer unstatthafter, konformistischen Beschränkung des künstlerischen Schaffens führen würde. Im Sinne der neueren Rechtsprechung wäre zumindest auf das Empfinden eines um Verständnis bemühten Betrachters abzustellen²⁵⁵⁾. In Einklang mit dem Grundrecht der Kunstfreiheit steht die Regelung indessen erst dann, wenn zur Grundlage der Entscheidung die Frage gemacht wird, ob es sich bei dem betreffenden Film um ein Erzeugnis künstlerischen Bemühens handelt, das sich in den Grenzen der Kunstfreiheit hält. Die Bejahung dieser Frage verbietet den Ausschluß des Filmes, weil sonst eine rechtswidrige Zensur ausübt würde.

Ist damit der Kreis der für eine Prämie in Betracht kommenden Filme abgesteckt, so ist nunmehr zu untersuchen, welches Kriterium für die Auswahl der prämierten begünstigten Filme maßgeblich ist und maßgeblich sein darf. Durch die Bestimmung, es müsse sich um einen "guten Spielfilm" handeln, wird es mehr verschleiert als gekenn-

252) Daß es außerdem nur auf den Film selbst, nicht aber auf die mitwirkenden Personen, deren Gesinnung, politische Zuverlässigkeit u.ä. ankommt, haben Karl-Otto Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, S. 104, und Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 505, hervorgehoben.

253) Es muß sich allerdings um solche Strafbestimmungen handeln, die kriminelles Unrecht betreffen. Vgl. dazu oben, S. 185.

254) Vgl. etwa RG, Urt. v. 27.1.1930, RGSt 64, 121; auch Rothenbücher, Bemerkungen zu zwei Urteilen des Thüringischen Obergerichtes über das Verbot einer Theateraufführung, VerwArch. 36, S. 247.

255) Vgl. BGH, Urt. v. 23.6.1961, GoldtArch. 1961, S. 240; LG Hamburg, Urt. v. 31.7.1962, NJW 1963, S. 675.

zeichnet. Es kann sich daher nur vom Zweck der Maßnahme her näherer Auslegung erschließen.

Die Filmprämien sind an die Stelle der früheren Filmbürgschaften getreten, weil diese trotz Bereitstellung beträchtlicher Mittel nicht zu einer Verbesserung des deutschen Filmschaffens geführt haben. Da die Begutachtung des Filmvorhabens, für das eine Bürgschaft beantragt wurde, offenbar keine Gewähr dafür bot, daß der Produzent wenigstens einen echten filmkünstlerischen Versuch unternahm, wird nunmehr an eine bereits vorhandene Leistung angeknüpft, die gewissermaßen Fähigkeit und Bereitschaft des Herstellers zu ehrlichem Bemühen erweisen soll. Ihm wird darum eine Prämie gewährt, die grundsätzlich zur Finanzierung neuer Filmvorhaben dienen soll, ausnahmsweise indessen auch zur Kostendeckung des prämierten Filmes verwendet werden kann. Vermutlich ist das nicht gerade ein seltener Ausnahmefall.

bb) Ergebnis

Der Staat will zur Hebung des Niveaus des deutschen Films beitragen. Weil dessen Situation nur zur Bescheidenheit veranlassen kann, wäre das Ziel der staatlichen Unterstützung zweifellos erreicht, wenn mehr inländische Filme ein echtes künstlerisches Bemühen erkennen ließen; erstklassige Filmkunstwerke sind ohnedies eine Seltenheit, nicht nur in Deutschland. Das Ziel wird erreicht, indem der Staat diejenigen Filme mit einer Prämie bedenkt, die solches künstlerisches Bemühen erkennen lassen. Sie allein können, auf die Dauer gesehen, auch zu einer wirtschaftlichen Gesundung der Filmproduktion beitragen. Das Kriterium, daß ein Film "gut" sein müsse, muß also dahin verstanden werden, daß er eine künstlerische Leistung sein muß, wobei es wiederum nicht darauf ankommt, ob sie letztlich gelungen ist.

Offenbar hat auch die Vergabe von Spielfilmprämien den gewünschten Erfolg, eine allgemeine Verbesserung der deutschen Spielfilme, nicht bewirkt. Deshalb versucht der Erlaß des Bundesministers des Innern über die Vergabe von Spielfilmprämien vom 30. November 1964²⁵⁶⁾ neue Wege zu beschreiten. Das Schwergewicht der Filmför-

256) GMBI. S. 622.

derung mittels staatlicher Prämien liegt nunmehr auf der Unterstützung solcher Filmprojekte, denen ein "besonders hervorragendes" Drehbuch zugrunde liegt und die förderungswürdig im Sinne der Richtlinien des Vereins "Kuratorium Junger Deutscher Film, gemeinnütziger Verein kraft Verleihung" sind²⁵⁷). Diese Neuregelung stellt den Versuch dar, mit Hilfe der Prämien Filmvorhaben (teilweise) zu finanzieren. Das ist im System der Filmprämien ein Novum, weil bisher die Prämie für ein fertiges Werk zuerkannt wurde - allerdings zur Finanzierung neuer Filme bestimmt war. Dieses System hatte zumindest zwei auf der Hand liegende Schwächen: Junge Regisseure und Produzenten mußten erst einmal einen Film hergestellt haben, ehe sie gefördert werden konnten; so konnten etwa talentierte Kurzfilmregisseure einen Spielfilm aus finanziellen Gründen nicht herstellen. Außerdem wurden die Filmprämien immer wieder zur Finanzierung ganz und gar nicht förderungswürdiger Streifen verwendet.

Die neue Regelung ist daher in den Kreisen der Filmkritik und der jüngeren Avantgarde lebhaft begrüßt worden.

Da es dem Staat durch Art.5 Abs. 3 GG keineswegs untersagt ist, zwischen Kunst und Nichtkunst zu differenzieren, ist auch die Regelung der Filmprämien nicht zu beanstanden, sofern sie eine Förderung des künstlerischen Films darstellt. Im übrigen wäre es auch denkbar, daß der Staat, wenn die bereitgestellten Mittel zur Förderung aller künstlerischen Filme nicht ausreichen²⁵⁸), auch Kriterien verwendet, die auf keinem künstlerischen Werturteil beruhen, wie etwa dasjenige, ob eine öffentlich bedeutsame Frage behandelt wurde.

257) Vgl. Ziff. I B 4 Erlaß vom 30.11.1964.

258) Vorläufig ist das nicht zu befürchten: Im Haushaltsplan 1963 waren DM 5.100.000,-- allein für Spielfilmprämien bereitgestellt (Kap. 0602 Tit. 611, Erläuterungen). Da die Prämie in der Regel DM 200.000,-- beträgt, hätten mit diesem Betrag ca. 25 Spielfilme prämiert werden können. Mehr künstlerische Filme werden in einem Jahr in der Bundesrepublik gewiß nicht hergestellt. Im Haushaltsplan ist die Summe auf DM 2.600.000,-- herabgesetzt worden, weil ein beträchtlicher Teil der für 1963 bereitgestellten Mittel 1963 nicht in Anspruch genommen wurde. Man rechnet also nur noch mit ungefähr 14 "guten" deutschen Spielfilmen, wahrscheinlich zu Recht. Zur Zeit werden jährlich rd. 65 Filme hergestellt (Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1964, S. 115).

In dem Erlaß über die Vergabe von Spielfilmprämien ist bestimmt, (Nr. III 4 Satz 2), daß der Bundesminister des Innern verlangen kann, daß der Hersteller ein Gutachten der Freiwilligen Selbstkontrolle der Filmwirtschaft über die Vereinbarkeit des neuen Filmvorhabens mit deren Grundsätzen beibringt. Das ist eine Auflage über die Verwendung der Prämie, welche eine gewisse inhaltliche Einflußnahme bedeutet. Sie ist jedoch unbedenklich, sofern man die Tätigkeit der FSK für rechtmäßig hält²⁵⁹⁾. Dann bedeutet diese Auflage im Grunde nur, daß die zugeteilten Mittel für einen Film verwendet werden müssen, der auch tatsächlich gezeigt werden darf. Das kann der Staat zweifellos fordern, weil die Förderung des Films ja vorwiegend im Interesse des Publikums erfolgt.

c) Speziell: Die Filmprädikate der Filmbewertungsstelle Wiesbaden

Ebenfalls "zur Förderung des guten Films" haben die Länder durch eine Verwaltungsvereinbarung²⁶⁰⁾ der Filmbewertungsstelle Wiesbaden (FBW) die Prädikatisierung von Filmen übertragen und deren Entscheidungen zur Grundlage der in den Vergnügungssteuergesetzen vorgesehenen Steuerermäßigung für die Vorführung wertvoller Filme²⁶¹⁾ gemacht. Diese Maßnahme besitzt einen zweifachen Förderungseffekt: Sie verschafft dem mit einem Prädikat, "wertvoll" oder "besonders wertvoll", ausgezeichneten Film ein besonderes Werbemittel²⁶²⁾, und sie erhöht sein Einspielergebnis²⁶³⁾. Den letzteren Erfolg erzielen die Länder, abgesehen von den Stadtstaaten, auf Kosten der Gemeinden²⁶⁴⁾, denen die Vergnügungssteuer zusteht.

Die Erteilung der Filmprädikate hat wie die Vergabe der Bundesfilmprämien Ähnlichkeit mit den Kunstpreisen, von denen sie aber eben-

259) Vgl. dazu oben, S. 188 ff.

260) Verwaltungsvereinbarung über die Filmbewertungsstelle Wiesbaden v. 20.9.1957, Beschluß der Kultusministerkonferenz v. 8./9.3.1956, Sammlung der Beschlüsse der Ständigen Konferenz der Kultusminister der Länder, Nr. 2065.

261) Vgl. oben, S. 74 Anm. 55.

262) Vgl. Beckmann, Haben wir eine Filmzensur? Zeitwende. Die Neue Furche 1959, S. 793.

263) Die Ersparnis beträgt im Durchschnitt DM 150.000,--, bei besonders erfolgreichen Filmen bis zu DM 1 - 2 Mio; vgl. Krings, Was heißt wertvoll? S. 14.

264) Vgl. Mennekes, Film - Vergnügen und Steuer, der die Einwände der Gemeinden ausdrückt.

falls durch die theoretisch unbegrenzte breite Streuung unterschieden ist. Anders als die Filmprämien kommt die Prädikatisierung auch ausländischen Filmen zugute, erzielt also eine Förderung nicht nur beim Hersteller, sondern auch beim Verleih und beim Theaterbesitzer²⁶⁵⁾.

aa) Die Arbeitsweise der FBW

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Förderungsmaßnahme hängt von der Beurteilung der Prädikatisierung ab. Über die Erteilung eines Prädikats entscheidet der Bewertungsausschuß der FBW, bestehend aus dem Vorsitzenden und vier Beisitzern²⁶⁶⁾, gegen dessen Entscheidung der Hauptausschuß, bestehend aus dem Vorsitzenden und sechs Beisitzern²⁶⁷⁾, angerufen werden kann²⁶⁸⁾. Die Entscheidungen sind als Verwaltungsakte vor den Verwaltungsgerichten anfechtbar²⁶⁹⁾.

bb) Die Kriterien der Auswahl

Über die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung eines Prädikats enthält die Verfahrensordnung für die Ausschüsse der FBW vom 6. Dezember 1963, die vom Hessischen Kultusminister mit Zustimmung der übrigen Kultusministerien der Länder erlassen wurde²⁷⁰⁾, Bestimmungen. Danach sind zu berücksichtigen Originalität, Bedeutung, Wahrheit und künstlerische Gestaltung des Filmstoffs "in Zusammenhang mit den sittlichen Grundlagen der Kultur"²⁷¹⁾ und die Form nach den filmkünstlerischen Gesetzen, die sich für Drehbuch,

265) Vgl. Berthold-v.Hartlieb, Filmrecht, S. 283; a.A. Roellenbleg, Die Rechtsstellung der Filmbewertungsstelle, S. 123, der zu Unrecht annimmt, der wirtschaftliche Wert des Prädikats komme regelmäßig ausschließlich dem Theaterbesitzer zugute.

266) Art. 3 Abs. 2 Verwaltungsvereinbarung v. 20.9.1957, a.a.O. (260); zur Beschlußfähigkeit ist die Anwesenheit von drei Beisitzern erforderlich (Art. 6 Abs. 1).

267) Art. 3 Abs. 2 Verwaltungsvereinbarung, a.a.O. (260); zur Beschlußfähigkeit ist die Anwesenheit von fünf Beisitzern erforderlich (Art. 6 Abs. 1).

268) Art. 11 und 12 Verwaltungsvereinbarung, a.a.O. (260).

269) Vgl. VGH Kassel, Urt. v. 28.2.1962, DÖV 1962, S. 870.

270) FBW-Information, 2. Jahrgang 1963, Nr. 6 v. 20.12.1963 = Hess. Staatsanzeiger v. 23.12.1963, S. 1422.

271) § 8 Abs. 1 Nr. a Verfahrensordnung, a.a.O. (270).

Regie, Kamera usw. herausgebildet haben. "Mit dem Prädikat 'Wertvoll' ist ein Film auszuzeichnen, der die Anforderungen des § 8 erfüllt, eine wesentliche Entsprechung von Inhalt und Form erkennen läßt und dessen Einzelmerkmalen eine überdurchschnittliche ästhetische Bedeutung zukommt". "Mit dem Prädikat 'Besonders wertvoll' ist ein Film auszuzeichnen, der Übereinstimmung von Inhalt und Form aufweist und dem im ganzen überragende ästhetische Bedeutung zukommt" (272).

Da ist kein Zweifel möglich: Die Prädikatisierung beruht auf einem künstlerischen Werturteil. Das wird schon in der Differenzierung zwischen "wertvoll" und "besonders wertvoll" deutlich. Darüber hinaus ist auch die Annahme wohl nicht gerechtfertigt, Filme, denen ein Prädikat überhaupt verweigert wurde, seien ausnahmslos keine echten künstlerischen Versuche gewesen (273). Trifft das zu, so basiert nicht nur die Unterscheidung zwischen den beiden Prädikatsstufen, sondern die Tätigkeit der Filmbewertungsstelle überhaupt auf einer Differenzierung zwischen höherer und niederer Kunst.

cc) Die Stellung der Ausschüsse

Die Verleihung von Filmprädikaten durch die Bewertungsstelle verstößt demnach nur dann nicht gegen das Verbot staatlicher Kunstwerturteile, wenn ihre Ausschüsse eine ähnliche Stellung haben wie die für Kunstpreise zuständigen unabhängigen Preisgerichte. Das ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil Art. 7 der Verwaltungsvereinbarung vom 20. September 1957 bestimmt (274), daß die

272) § 12 Abs. 2 und 3 Verfahrensordnung, a.a.O. (270).

273) In der Zeit vom 20.8.1951 (Arbeitsbeginn) bis zum 19.8.1961 hat die Filmbewertungsstelle insgesamt 543 in- und ausländische Spielfilme prädikatisiert. Das sind im Jahresdurchschnitt rund 54 Filme. Selbst wenn man, wie hier angenommen wird, einen Großteil der Spielfilme nicht zu Kunst rechnet, ist diese Zahl doch so gering, daß sie wohl nicht alle künstlerischen Filme des In- und Auslandes, die in der Bundesrepublik gezeigt werden, erfassen kann; denn im selben Zeitraum sind immerhin 5035 Spielfilme zur öffentlichen Vorführung freigegeben worden. Davon sind 1033 der FBW zur Begutachtung vorgelegt und 490 von ihr als zu leicht befunden worden (Nachweise: "10 Jahre Filmbewertungsstelle Wiesbaden", S. 25 ff.).

274) Ebenso § 2 Verfahrensordnung, a.a.O. (270): "Die Mitglieder der Ausschüsse sind ehrenamtlich tätig. Sie sind bei der Begutachtung der Filme unabhängig und keinen Weisungen unterworfen; sie treffen ihre Entscheidung nach ihrem besten Wissen und Gewissen".

Ausschußmitglieder²⁷⁵⁾ unabhängig sind. Denn solche Unabhängigkeit, der wesentliche Merkmale richterlicher Stellung fehlen, wäre immer zweifelhaft, wenn die Länder ihre Beamten in die Ausschüsse delegieren würden, wie es zu Anfang durchaus vorkam und auch heute noch bei einigen Ländern üblich ist²⁷⁶⁾. Diese verfügte Unabhängigkeit würde auch nicht bewirken können, daß das Werturteil, welches der Prädikatisierung zugrunde liegt, als ein nichtstaatliches anzusehen wäre.

Gegenwärtig zeigt die Liste der Ausschußmitglieder ein deutliches Übergewicht der unabhängigen Fachleute, die nicht öffentliche Bedienstete der Länder sind²⁷⁷⁾. Das gilt für den Hauptausschuß in noch größerem Umfang als für den Bewertungsausschuß²⁷⁸⁾. In jedem Fall ist es verfassungsrechtlich geboten, die jeweilige Zusammensetzung des Bewertungs- bzw. Hauptausschusses so zu wählen, daß die entscheidende Mehrheit aus nichtbeamteten, freien Sachkennern besteht²⁷⁹⁾. Auch das ist nur eine Übergangslösung. Der Grundsatz staatlicher Unzuständigkeit in Fragen des künstlerischen Wertes verlangt letztlich, daß künstlerische Werturteile von Personen gefällt werden, die nicht öffentliche Amtsträger sind. Die Arbeit der Filmbewertungsstelle ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn dies gewährleistet ist. Eine Entscheidung, die von einer Mehrheit von Landesbeamten gefällt würde, wäre rechtswidrig.

275) Vgl. dazu Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 129, hinsichtlich der Mitglieder der Ausschüsse der FSK, die nach den "Grundsätzen der FSK" ebenfalls in ihren Entscheidungen frei und an Weisungen nicht gebunden sind.

276) Diese Praxis wird allerdings mehr und mehr aufgegeben, wie die Beisitzerlisten der Filmbewertungsstelle ausweisen und wie auch von den zuständigen Stellen versichert wird. Vgl. Keim, Kommentar zur Verfahrens- und Geschäftsordnung der Filmbewertungsstelle Wiesbaden, FBW-Information 3. Jahrgang 1964, Nr. 2 v. 19.6.1964, S. 5.

277) Vgl. auch Beckmann, Haben wir eine Filmzensur? Zeitwende. Die Neue Furcht 1959, S. 795. Die vom 1.7.1964 bis 30.6.1966 gültige Liste der Beisitzer weist 30 unabhängige Sachverständige und 12 staatliche Verwaltungsbeamte (darunter einen Lehrer 1.R.) auf (Nachweise in FBW-Information 3. Jahrgang 1964, Nr. 3).

278) Im Hauptausschuß lautet das Verhältnis 11 : 2, im Bewertungsausschuß 19 : 10.

279) Soweit die Verfahrensordnung, die die Reihenfolge der zu berufenden Beisitzer regelt, entgegsteht, ist sie unwirksam.

Das wird am Beispiel des in § 15 der Verfahrensordnung vorgesehenen besonderen Vorgehens sehr deutlich: Der Bewertungsausschuß kann einen Film, bei dem geringfügige Mängel die Zuerteilung eines Prädikats verhindern, ohne Entscheidung an den Produzenten zurückgeben und durch Hinweis auf die Mängel deren Beseitigung anregen. Das bedeutet unter Umständen, nämlich wenn ein künstlerischer Versuch vorliegt, nichts anderes, als daß durch einen Wink mit dem Zuckerbrot ein Einfluß auf die Gestaltung eines Kunstwerkes ausgeübt wird. Gerade das ist dem Staat durch das Grundrecht der Kunstfreiheit verwehrt. Der unabhängigen, nichtstaatlichen Jury kann das allenfalls gestattet sein, obwohl auch da Bedenken bleiben, weil es sich immerhin um ein staatliches Zuckerbrot handelt²⁸⁰⁾.

Die Bewertungstätigkeit der Ausschüsse der Filmbewertungsstelle unterscheidet sich von derjenigen der Preisgerichte, welche über die Zuerkennung von Kunstpreisen entscheiden, nicht nur in der Quantität der Entscheidungen, sondern vor allem dadurch, daß den Ausschüssen der FBW eine eingehende Verfahrensordnung gegeben ist, welche der Hessische Kultusminister im Einvernehmen mit der Ständigen Konferenz der Kultusminister erlassen hat²⁸¹⁾. Sie enthält u.a. Vorschriften über die Festlegung der Bewertungsvoraussetzungen (§ 8), die, wenn auch in unverfänglicher Formulierung - "Der Vorsitzende hat darauf zu achten, daß die folgenden wesentlichen Merkmale der Gestaltung des Films nach Stoff und Form erörtert werden" - detaillierte Regeln über die Bewertung enthalten²⁸²⁾. Die Entscheidungsfreiheit der Ausschußmitglieder ist dadurch formal stark eingeengt. Dagegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden, zumal die Verfahrensordnung insoweit nur das Verfahren regelt, welches sich in der Filmbewertungsstelle als sachdienlich erwiesen

280) Das verkennt Beckmann, a.a.O. (277). Sein Argument, die Hersteller würden solche "Beratung" begrüßen, genügt nicht, denn es bleibt die Frage, ob der Staat solche "Beratung" erteilen darf.

281) Vgl. Art. 9 der Verwaltungsvereinbarung über die Filmbewertungsstelle Wiesbaden v. 20.9.1957, Sammlung der Beschlüsse der Ständigen Konferenz der Kultusminister der Länder, Nr. 2065. Die geltende Verfahrensordnung v. 6.12.1963, Hess. Staatsanzeiger, S. 1422, ist am 1.1.1964 in Kraft getreten.

282) Vgl. dazu oben, S. 241 f.

hat²⁸³⁾. Zu Bedenken gibt indessen § 8 Abs. 1 Nr. a Anlaß, der bestimmt, daß zu den wesentlichen Merkmalen des Films die "künstlerische Gestaltung in Zusammenhang mit den sittlichen Grundlagen der Kultur"²⁸⁴⁾ gehört. Keim²⁸⁵⁾ berichtet, diese Bestimmung sei "aufgrund der vielfachen Kritik, die aus weltanschaulich gebundenen und Erzieherkreisen kam", aufgenommen worden²⁸⁶⁾, "um einer rein ästhetischen Betrachtung ... vorzubauen und die sittlichen Maßstäbe mitzuverankern".

Was hier verankert wurde, das ist ein typischer Zensurgesichtspunkt²⁸⁷⁾. Die künstlerische Gestaltung des Filmstoffes zu beurteilen "in Zusammenhang mit den sittlichen Grundlagen der Kultur", heißt, sie am Maßstab der moralischen Gemeinverträglichkeit zu messen. Das aber bedeutet eine inhaltliche Beschränkung künstlerischen Schaffens, welche die künstlerische Freiheit verletzt. Zwar ist künstlerische Tätigkeit durch die Bindung an das Sittengesetz gebunden²⁸⁸⁾, aber gerade in der Auswahl und Gestaltung des Stoffes ist der Künstler ebenso frei wie in der formalen Gestaltung. Und der Inhalt einer künstlerischen Äußerung ist kein Kriterium der Kunst. Jeder Stoff kann Vorlage eines Kunstwerkes sein. Daraus folgt, daß vom Inhalt her eine Begrenzung der Kunstfreiheit nicht möglich und nicht zulässig ist.

Die genannte Bestimmung der Verfahrensordnung ist demnach nur wirksam, wenn sie sich allein gegen die unkünstlerische Absicht in der Gestaltung eines Stoffes richtet, wenn sie sich gegen einen mit der Darstellung verfolgten verwerflichen Zweck wendet. Sie läßt sich so auslegen, und manche Begutachtung der Filmbewertungsstelle deu-

283) Vgl. Keim, Rechtsfragen der Filmbewertung, in: Film und Recht 1959, Nr. 4, S. 7.

284) Hervorhebung vom Verf.

285) Kommentar zur Verfahrens- und Geschäftsordnung der Filmbewertungsstelle Wiesbaden, FBW-Information 3. Jahrgang 1964, Nr. 2 v. 19.6.1964, S. 9.

286) Diese Bestimmung ist erstmals in der neuen Verfahrensordnung v. 6.12.1963, a.a.O. (281), enthalten.

287) Vgl. Johanne Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, S. 83 ff., 107, 120.

288) Vgl. oben, S. 183 f.

tet auf eine entsprechende Anwendung in der Praxis hin²⁸⁹⁾. Müßte sie anders verstanden werden, so wäre sie nichtig und hätte keine die Ausschüsse bindende Wirkung.

7. Künstlerische Aufträge

a) Allgemein

Wenn der Staat Kunstwerke erwirbt oder Aufträge an Künstler vergibt, so verfolgt er damit meistens nur sekundär den Zweck, die Künstler zu fördern; in erster Linie dienen diese Rechtsgeschäfte der Bedarfsdeckung. Allerdings sind auch Fälle bekannt, wo der Staat Aufträge vor allem dazu vergibt, den Künstlern eine Einnahme zu verschaffen²⁹⁰⁾. Das sind atypische Erscheinungen, die nur am Rande zu behandeln sind. Im Zentrum der Untersuchung stehen die privatrechtlichen Hilfgeschäfte zur Beschaffung sächlicher Mittel.

Hier stellt sich die Frage, welches Maß an Freiheit der Auswahl dem auch bei diesen Handlungen grundsätzlich an die Grundrechte gebundenen Staat zusteht. Auszugehen ist davon, daß ihm die Auswahl nicht schlechthin verboten sein kann, weil sonst die Anschaffung von Kunstwerken der Staatsverwaltung unmöglich wäre. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß über eine einseitige "Beschaffungspolitik" auch ein erheblicher Einfluß auf die Situation der Kunst ausgeübt, d.h. "Kunstpoltik" getrieben werden kann²⁹¹⁾. Dies ist durch Art. 5 Abs. 3 GG untersagt. Solange jedoch dieser Punkt, bei dem die Lenkung der Kunst beginnt, nicht erreicht ist, kann die

289) Vgl. etwa die von Alois Fink bzw. Heinz Beckmann abgefaßte Begründung für die Verleihung des höchsten Prädikats an den polnischen Film "Mutter Johanna von den Engeln" bzw. den schwedischen Film "Das Schweigen" (abgedruckt in: "Besonders wertvoll", 7. Folge 1964, S. 71 ff. und 96 ff.). Ähnlich die ebenfalls von Beckmann abgefaßte Begründung des Prädikats für "Scheidung auf italienisch" ("Besonders wertvoll", 6. Folge 1963, S. 89 ff.).

290) So etwa das Berliner Programm der Künstler-Nothilfe; vgl. dazu Marta Mierendorff, Die Situation der bildenden Künstler in West-Berlin, Kulturarbeit 1957, S. 65 ff.

291) Der Gedanke ist von Zeidler, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.10.1961, DVBl. 1962, S. 302, für den Bereich der Wirtschaft vertreten worden.

Verwaltung nach sachlichen Gesichtspunkten frei wählen. Sie kann einen Park mit Plastiken einer Kunstrichtung oder eines einzigen Künstlers schmücken, die öffentlichen Plätze mit gegenständlichen Skulpturen beleben, als Wandschmuck ihrer Gebäude sog. abstrakte Gemälde anschaffen - oder gerade das Gegenteil tun. Auch den staatlichen Galerien, die zeitgenössische Kunst sammeln, wird man das Recht freier Auswahl bis zur Grenze der sachfremden Erwägung nicht bestreiten können, obwohl gerade da die Auswirkungen für den Künstler, positiv oder negativ, erheblich sind²⁹²⁾.

b) Im Rahmen eines Nothilfeprogramms

Lediglich wenn der Staat Aufträge an Künstler als Nothilfeprogramm erteilt, ist er durch das Grundrecht der Kunstfreiheit stärker gebunden. Da es sich dabei um unmittelbare Kunstförderung handelt, darf er seine Maßnahmen nicht auf der Grundlage eines künstlerischen Werturteils treffen. Vielmehr ist der Gesichtspunkt der Bedürftigkeit entscheidend. Praktisch ist es angebracht, alle notleidenden Künstler nacheinander zu beauftragen.

292) Aus diesem Grunde stellen etwa die staatlichen Museen des Louvre keine Werke lebender Künstler aus.

S c h l u ß b e m e r k u n g

Die Spannweite staatlicher Kunstpflege in der Bundesrepublik erschwert den Versuch, übergreifende rechtliche Kriterien zu finden. Die Verfassung hat jedoch für den Gesamtstaat und für die Länder als seine Glieder mit dem Grundrecht der Freiheit der Kunst die entscheidende Norm kraftvoll und entschieden festgelegt. Sie bestimmt das Verhältnis von Staatsgewalt und Kunst, wo immer sie zueinander in Beziehung treten. Eine rechtliche Betrachtung staatlicher Förderung der Kunst hat daher zunächst einmal die Bedeutung dieses Grundrechts zu aktualisieren.

Die vorstehende Untersuchung unternimmt dies. Im dichten Gestrüpp staatlicher Unterstützungsmaßnahmen findet sich allerdings nicht immer ein schnurgerader Weg; auch stellt sich die Frage, ob die Richtschnur des Juristen ausreicht. Das nötigt zur Behutsamkeit, doch nicht zum Verzicht auf das Bemühen, da wir rechtsfreie Räume des Staates nicht mehr hinnehmen können.

Die rechtliche Durchdringung staatlicher Kunstförderung, ihre Bindung an Rechtsregeln kann nicht bedeuten, daß der Verwaltung kein Spielraum mehr verbleibt. Es hat sich allerdings gezeigt, daß ihr Tätigkeitsbereich begrenzt und geordnet ist. Kunstpolitik im Sinne einer Lenkung ist dem vom Grundgesetz verfaßten Staat untersagt, gleichgültig, ob dies hemmend oder fördernd geschehen würde. Der Staatsgewalt wird eine Entscheidung darüber abverlangt, was Kunst im Sinne der Verfassung ist. Die offenbare Schwierigkeit dieser Entscheidung fordert eine weite Auslegung des rechtlichen Begriffes, der aber zugleich bestimmt genug sein muß, um dem erfaßten Bereich in der Realität des täglichen Lebens auf die Dauer echte Freiheit zu garantieren. Solche Freiheit zu gewähren und zu wahren, ist eine fortwährend neu sich stellende Aufgabe. Vorläufig ist, bei aller angebrachten Skepsis gegenüber manchem Räsonnement, nicht sicher, ob diese Aufgabe immer gelöst wird.

Eine Art-Entscheidung über die Kunst wird der Staatsgewalt abverlangt, eine Wert-Entscheidung innerhalb des Sachbereichs Kunst ist ihr dagegen untersagt. Die Untersuchung der wichtigsten Maßnahmen staatlicher Kunstförderung hat die Bedeutung dieses Differenzierungsverbotes deutlich gemacht. Es begründet die innere Spannung

einer "Kunstverwaltung" unter dem Grundgesetz, die ihren Sinn nur darin finden kann, die freie Kunst zu fördern. Wirklich frei kann die Kunst heute, da sie auf öffentliche Unterstützung weitgehend angewiesen erscheint, wohl nur sein, wenn diese Aufgabe gelöst wird.

Literaturverzeichnis

- Adorno, Theodor W. Kultur und Verwaltung,
Merkur, 14. Jahrgang (1960), S. 101 ff.
- Alten, Fred Das Theaterwunder,
Kulturarbeit 1957, S. 45 f.
- Andritzky, C. Die Problematik der Literaturpreise,
Kulturarbeit 1961, S. 101 ff.
- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reichs vom
11. August 1919,
Kmt., 14. Auflage 1933, Nachdruck Darm-
stadt 1960.
- Antoniolli, Walter Allgemeines Verwaltungsrecht,
Wien 1954.
- Aretin, Joh. Christ. Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie,
Freiherr v. 2. Band, 1. Abteilung, Altenburg 1827.
- Bachmann, Claus-Henning Das Theater ist Ausdruck der Zeit (Hinweise
zu einer "Krise"),
Kulturarbeit 1958, S. 21 ff.
- Bachof, Otto Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates,
VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff.
- ders. Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfah-
rensrecht in der Rechtsprechung des Bundes-
verwaltungsgerichts,
Tübingen 1963.
- Bauer, Fritz Staat und Sexus,
in: Jugendgefährdend? littera Band 3,
Frankfurt a.M. o.J. (1964), S. 9 ff.
- Baumeister, Willi Das Unbekannte in der Kunst,
2. Aufl. Köln 1960.
- Becker, C.H. Die preußische Kunstpolitik und der Fall
Schillings - Rede vor dem Preußischen Land-
tag,
in: Kulturverwaltung der zwanziger Jahre,
Stuttgart 1961, S. 129 ff.
- Becker, Erich Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtli-
che Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund
und Ländern,
in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und
Praxis, 1. Band: Kommunalverfassung, Berlin-
Göttingen-Heidelberg 1956, S. 113 ff.

- Becker, Erich Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14 (1956), S. 96 ff.
- Becker, Hellmut Wer finanziert die kulturelle Freiheit? in: Kulturpolitik und Schule, Fragen an die Zeit, Heft II, Stuttgart 1956, S. 9 ff.
- ders. Kulturverwaltung oder Kulturpolitik? in: Kulturpolitik und Schule, Fragen an die Zeit, Heft II, Stuttgart 1956, S. 71 ff.
- Becker, Hellmut / Kluge, Alexander Kulturpolitik und Ausgabenkontrolle. Zur Theorie und Praxis der Rechnungsprüfung, Frankfurt a.M. 1961.
- Becker, Walter / Seidel, Hans Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Kmt., Münster 1953.
- Beckmann, Heinz Haben wir eine Filmzensur? Zeitwende. Die Neue Furche, 30. Jahrgang (1959), S. 793 ff.
- Beling, Ernst Kunstfreiheit und Rechtsbann, in: Festschrift Heinrich Wölfflin. Beiträge zur Kunst- und Geistesgeschichte, München 1924, S. 19 ff.
- Bellstedt, Christoph Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961, S. 161 ff.
- Benecke, Otto Möglichkeiten und Grenzen städtischer Kulturpflege, Der Städtetag 1952, S. 67 ff.
- Bergstraesser, Arnold Politik in Wissenschaft und Bildung (Schriften und Reden), Freiburger Studien zur Politik und Soziologie, Freiburg i.Br. 1961.
- Berthold, F.J. / Hartlieb, Horst von Filmrecht. Ein Handbuch, München und Berlin 1957.
- Besonders wertvoll Verzeichnis der mit dem Prädikat "besonders wertvoll" ausgezeichneten Spielfilme, herausgegeben von der Filmbewertungsstelle Wiesbaden, Wiesbaden-Biebrich 1958 ff.
- Bettermann, Karl August Rundfunkfreiheit und Rundfunkorganisation (Kritische Bemerkungen zum Fernsehurteil des Bundesverfassungsgerichts), DVBl. 1963, S. 41 ff.

- Bettermann, Karl August Verwaltungsakt und Richterspruch,
in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 361 ff.
- Beyer, Wilhelm R. Anmerkung zum Urteil des BGH v. 1.2.1954,
NJW 1954, S. 713.
- Biermann-Ratjen,
Hans Harder Kultur und Staat
(Reden und Schriften aus den Jahren
1945 - 1959),
Hamburg 1961.
- Bogs, Walter Die Einwirkung verfassungsrechtlicher Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit,
43. DJT II G, S. 5 ff.
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
Loseblattform, Stand: April 1964.
- Bornhak, Conrad Preußisches Staatsrecht,
3 Bände, Freiburg 1888 - 1890.
- Brenner, Hildegard Die Kunstpolitik des Nationalsozialismus,
rowohlts deutsche enzyklopädie 167/168,
Hamburg 1963.
- Der Große Brockhaus 12 Bände, 16. Auflage, Wiesbaden 1952-1957.
- Brohm, Winfried Verwaltungsvorschriften und besonderes
Gewaltverhältnis,
DÖV 1964, S. 238 ff.
- Buchholz, Ernst Wann ist Kunst unzüchtig?
in: Sexualität und Verbrechen, Fischer-Bücherei Band 518/519, Frankfurt a.M. 1963,
S. 326 ff.
- Bullinger, Martin Vertrag und Verwaltungsakt,
res publica Band 9, Stuttgart 1962.
- Carriere, Moriz Artikel: Kunstakademie, Kunstpflege,
in: Deutsches Staats-Wörterbuch, herausgegeben von J.C. Bluntschli und K. Brater,
6. Band, Stuttgart und Leipzig 1861, S. 165 ff.
- Dagtoglou, Prodromos Der Private in der Verwaltung als Fachmann
und Interessenvertreter,
Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Neue Folge, 12. Abhandlung,
Heidelberg 1964.
- Deneke, Volrad J.F. Die freien Berufe,
Stuttgart 1956.

- Doemming, Klaus-Berto v. Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes,
/Füßlein, Rudolf Werner Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge, Band 1, Tübingen 1951.
/Matz, Werner
- Doka, Karl Staat und Kultur,
in: Kulturpolitik in der Schweiz, herausgegeben von der Stiftung Pro Helvetia, Zürich 1954, S. 7 ff.
- Drescher, Ella Charlotte Höheres Interesse der Kunst im Sinne der Gewerbeordnung und der Nebengesetze, Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 1931, S. 318 ff.
- Drews, Bill / Allgemeines Polizeirecht,
Wacke, Gerhard 7. Auflage, Berlin-Köln-München-Bonn 1961.
- Dürig, Günter Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 16.1. 1957,
JZ 1957, S. 169 ff.
- ders. Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinalpolizeilichen Maßnahmen,
AöR 79 (1953/54), S. 57 ff.
- ders. Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat,
JZ 1953, S. 193 ff.
- Ehinger, Hans Die Situation der jungen deutschen Komponisten,
Jahresring 1957/58, S. 386 ff.
- Ehmke, Horst "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht,
Recht und Staat 230/231, Tübingen 1960.
- ders. Grenzen der Verfassungsänderung,
Berlin 1953.
- ders. Prinzipien der Verfassungsinterpretation,
VVDStRL 20 (1962), S. 53 ff.
- Evers, Hans-Ulrich Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit,
NJW 1960, S. 2073 ff.
- Eyermann, Erich / Verwaltungsgerichtsordnung,
Fröhler, Ludwig Kmt., 3. Auflage, München und Berlin 1962.
- 10 Jahre Filmbewertungs- herausgegeben von der Filmbewertungsstelle
stelle Wiesbaden Wiesbaden, Wiesbaden-Biebrich 1962.

- Finger, August Das Staatsrecht des Deutschen Reichs,
Stuttgart 1923.
- Fischer, Jörg Subventionen als Rechtsbegriff,
BB 1962, S. 1185 f.
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungs-
rechts, 8. Auflage, Tübingen 1928.
- Forsthoff, Ernst Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 24.10.
1956,
DVB1. 1957, S. 724 f.
- ders. Der Staat als Auftraggeber,
res publica, Band 12, Stuttgart 1963.
- ders. Über Maßnahmegesetze,
in: Forschungen und Berichte aus dem öf-
fentlichen Recht. Gedächtnisschrift für
Walter Jellinek, München 1955, S. 221 ff.
- ders. Rechtsfragen der leistenden Verwaltung,
res publica, Band 1, Stuttgart 1959.
- ders. Begriff und Wesen des sozialen Rechts-
staates,
VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff.
- ders. Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit,
2. Auflage, Stuttgart 1961.
- ders. Die Verwaltung als Leistungsträger,
Königsberger Rechtswissenschaftliche
Forschungen, Stuttgart 1938.
- ders. Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
1. Band: Allgemeiner Teil, 8. Auflage,
München und Berlin 1961.
- Frank, Hans Nationalsozialistisches Handbuch für Recht
und Gesetzgebung,
2. Auflage, München 1935.
- Freyer, Hans Gesellschaft und Kultur,
in: Propyläen-Weltgeschichte, Band 10,
Berlin-Frankfurt-Wien 1961, S. 499 ff.
- Friauf, Karl Heinrich Die behördliche Zustimmung zu Verwaltungs-
akten anderer Behörden - Verwaltungsakt
oder bloßes Verwaltungsinternum,
DÖV 1961, S. 666 ff.
- Friesenhahn, Ernst Parlament und Regierung im modernen Staat,
VVDStRL 16 (1958), S. 9 ff.

- Fritzsching, L. Die wirtschaftliche Lage der bildenden Künstler seit Kriegsende, Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 1921/1922, S. 133 ff.
- Geeb, Hans Karl / Kirchner, Heinz Deutsche Orden und Ehrenzeichen, Kmt. zum Gesetz über Titel, Orden und Ehrenzeichen, Bonn-Köln-Berlin 1958.
- Gehlen, Arnold In die Freiheit verstrickt. Zur Situation der modernen Kunst, Merkur, 14. Jahrgang (1960), S. 300 ff.
- Gelderblom, Gertrud Bürgerinitiative im Kulturleben. Die Arbeit des "Kuratoriums Kulturelles Frankfurt" e.V., Kulturarbeit 1959, S. 122 ff.
- Gerber, Hans Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR 81 (1956), S. 1 ff.
- Giacometti, Zaccaria Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band: Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates, Zürich 1960.
- Giese, Friedrich Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kmt., Frankfurt a.M. 1949.
- ders. Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kmt., 8. Auflage, Berlin 1931.
- ders. / Schunck, Egon Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kmt., 6. Auflage, Frankfurt a.M. 1962.
- Gläss, Th. Die Bedeutung der Kulturpolitik in der Demokratie, in: Die Gemeinden und die Kulturpolitik, herausgegeben von der Friedrich-Ebert-Stiftung e.V., Hannover 1960, S. 9 ff.
- Gönnenwein, Otto Gemeinderecht, Tübingen 1963.
- Grassi, Ernesto Kunst und Mythos, rowohlts deutsche enzyklopädie 36, Hamburg 1957.
- Grimm, Herman Die Akademie der Künste und das Verhältnis der Künstler zum Staate, Berlin 1859.

- Grimm, Herman Eine Reihe von Gesichtspunkten, unsere öffentlichen Anstalten für Pflege der Kunst betreffend, Preußische Jahrbücher, 29. Band (1872), S. 747 ff.
- von der Groeben Mitwirkung von Ausschüssen in der staatlichen Verwaltung - Möglichkeiten, Bewährung und Grenzen, VerwArch. 49 (1958), S. 231 ff.
- Gröpl, Erhard Gesetzesfreie Verwaltung und Grundgesetz, BayVBl. 1962, S. 193 ff.
- Guyau, J.M. Die Kunst als soziologisches Phänomen, deutsche Übersetzung von Paul Prina und Guido Bagier, Leipzig 1911.
- Haas, Diether Ausschüsse in der Verwaltung, VerwArch. 49 (1958), S. 14 ff.
- ders. Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl. 1960, S. 303 ff.
- Häberle, Peter Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen, Band 21, Karlsruhe 1962.
- Haeger, Siegfried Der Film als Gesamtwerk, Schriftenreihe der UFITA, Heft 9, Baden-Baden 1958.
- Haenel, Albert Deutsches Staatsrecht, 1. (einziger) Band, Leipzig 1892.
- Haftmann, Werner Moderne Kunst und ihre "politische Idee", Jahresring 1957/58, S. 69 ff.
- Hagemann, Walter Der Film - Wesen und Gestalt, Beiträge zur Publizistik, Band 5, Heidelberg 1952.
- Hagelstange, Rudolf Chancen und Gefahren der modernen Kunst, in: für Kunst und Stadt, Konstanz 1958, S. 21 ff.
- Halbach, Die Alters- und Hinterbliebenensicherung der selbständigen Künstler, nicht-offizielle Ausarbeitung aus dem Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, hektographiert, Bonn, 21. November 1960.

- Halder, Alois Artikel: Kunst,
Staatslexikon, 5. Band, 6. Auflage,
Freiburg 1960, Sp. 190 ff.
- Hamann, Andreas Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster
vom 18.11.1958,
NJW 1959, S. 1890 f.
- ders. Anmerkung zum Urteil des BVerwG. v. 15.12.
1953,
NJW 1954, S. 614 f.
- ders. Das Grundgesetz,
Kmt., 2. Auflage, Neuwied-Berlin 1961.
- ders. "Die verfassungsmäßige Ordnung". .Zugleich
eine Stellungnahme zu dem Urteil des Bun-
desverfassungsgerichts vom 16.1.1957,
BB 1957, S. 229 ff. und 343 f.
- ders. Zur Problematik des Subventionsrechts,
DVP1. 1963, S. 486 ff.
- Handbuch des deutschen herausgegeben von Gerhard Anschütz und
Staatsrechts, Richard Thoma, 2 Bände, Tübingen 1930
und 1932.
- Harrer, Friedrich Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öff-
fentlichkeit. Gesetz über die Verbreitung
jugendgefährdender Schriften,
Kmt., München 1962.
- Hartlieb, Horst von Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle,
Schriftenreihe der UFITA, Heft 15, Baden-
Baden 1959, S. 29 ff. (= Heft 13).
- ders. Die rechtliche, insbesondere die verfas-
sungsrechtliche Seite der Selbstkontrolle,
in: Selbstkontrolle von Presse, Funk und
Film, herausgegeben von Martin Löffler,
Schriftenreihe der Deutschen Studienge-
sellschaft für Publizistik, Band 2,
München und Berlin 1960, S. 10 ff.
- Hauser, Arnold Sozialgeschichte der Kunst und Literatur,
2 Bände, München 1953.
- Hennig, Arno Wir brauchen eine "Freie Deutsche Kultur-
stiftung", Kulturarbeit 1951, S. 233 f.
- Hensel, Albert Art. 150 der Weimarer Verfassung und seine
Auswirkung im preußischen Recht,
AöR 53 (1928) - NF 14, S. 321 ff.
- ders. Die fünfte Tagung der Vereinigung Deutscher
Staatsrechtslehrer,
AöR 52 (1927) - NF 13, S. 97 ff.

- Henze, Anton Die zweite Hälfte der Kunst,
Kulturarbeit 1962, S. 61 ff.
- ders. Das Romerlebnis in der modernen Kunst.
Die Stipendien für die Deutsche Akademie
Villa Massimo in Rom,
Kulturarbeit 1962, S. 133 ff.
- Henze, Karl-Otto Verwaltungsrechtliche Probleme der staat-
lichen Finanzhilfe zugunsten Privater,
Heidelberg 1958.
- Hesse, Konrad Der unitarische Bundesstaat,
Karlsruhe 1962.
- ders. Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht,
AöR 77 (1951/52), S. 167 ff.
- ders. Gleichheit und Freiheit als Grundprinzipi-
en heutiger staatlicher Ordnung,
Sonderdruck aus Freiburger Dies Universi-
tatis, Band 9 (1961/62).
- ders. Die verfassungsrechtliche Stellung der
politischen Parteien im modernen Staat,
VVDStRL 17 (1959), S. 11 ff.
- Heuss, Theodor Kräfte und Grenzen einer Kulturpolitik
(Erweiterte Fassung einer am 17.5.1951
gehaltenen Rede),
in: Theodor Heuss, Geist der Politik,
Fischer-Bücherei Band 621, Frankfurt a.M.
und Hamburg 1964, S. 7 ff.
- ders. Memorandum zur "Künstlerhilfe",
hektographiert, o.J. (Bonn 1953).
- Hörstel, Reinhard Fragen zur Kunstsubvention,
Heidelberg und Berlin 1961.
- Horst, Karl August Der Auftrag der Kunst,
in: Schicksalsfragen der Gegenwart,
Handbuch politisch-historischer Bildung,
herausgegeben vom Bundesministerium für
Verteidigung, 5. Band: Lebensbereiche und
Lebensordnungen, Tübingen 1960, S.131 ff.
- Houben, Heinrich Hubert Verbotene Literatur von der klassischen
Zeit bis zur Gegenwart,
2 Bände, 2. Auflage, Dessau 1925 und
Bremen 1928.
- Huber, Ernst Rudolf Zur Problematik des Kulturstaates,
Recht und Staat 212, Tübingen 1958.

- Huber, Ernst Rudolf Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht,
DÖV 1956, S. 97 ff., 135 ff., 172 ff. und 200 ff.
- ders. Wirtschaftsverwaltungsrecht,
2 Bände, 2. Auflage, Tübingen 1953 und 1954.
- Huber, Hans Das Staatsrecht des Interventionismus,
Zeitschrift für Schweizerisches Recht,
N.F. Band 70 (1951), S. 173 ff.
- Husen, Paul van Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit
justizfreie Regierungsakte?
DVBl. 1953, S. 70 ff.
- Imboden, Max Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher
Verwaltung,
Basler Studien zur Rechtswissenschaft,
Heft 38, 2. Auflage, Basel und Stuttgart
1962.
- Ipsen, Hans Peter Gleichheit,
in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte,
Band II, Berlin 1954, S. 111 ff.
- ders. Öffentliche Subventionierung Privater,
DVBl. 1956, S. 461 ff., 498 ff. und 602 ff.
- Iros, Ernst Wesen und Dramaturgie des Films,
2. Auflage, Zürich 1957.
- Jaeger, Werner Humanistische Reden und Vorträge,
2. Auflage, Berlin 1960.
- Jahn, Georg Besteuerung der Kunstwerke?
Leipzig 1916.
- Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1964,
herausgegeben vom Statistischen Bundesamt
Wiesbaden, Stuttgart und Mainz 1964.
- Jelagin, Juri Kunst und Künstler im Sowjetstaat,
Fischer-Bücherei Band 401, Frankfurt a.M.
und Hamburg 1961.
- Jellinek, Georg Gesetz und Verordnung,
Nachdruck der Ausgabe von 1887, Tübingen
1919.
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht,
3. Auflage, unveränderter Neudruck,
Offenburg 1948.
- Jesch, Dietrich Zur Festschrift für Hans Huber, Der Staat 1,
(1962), S. 107 ff.

- Jesch, Dietrich Gesetz und Verwaltung,
Tübingen 1961.
- Johann, Ernst Kleine Geschichte des Films,
Ullstein-Buch Nr. 245, Frankfurt a.M. 1959.
- Juschka, Albert Wesen und Wirken der Theaterbesucher-
Organisationen,
Kulturarbeit 1956, S. 165 ff.
- Kägi, Werner Die Verfassung als rechtliche Grundordnung
des Staates. Untersuchungen über die Ent-
wicklungstendenzen im modernen Verfassungs-
recht,
Zürich 1.J. (1945).
- Kahler, Erich Das Kunstwerk und die Geschichte,
Merkur, 8. Jahrgang (1954), S. 916 ff.
- Kalb, Werner Der Jugendschutz bei Film und Fernsehen -
Probleme, Geschichte, Praxis,
Berlin-Spandau 1962.
- Kania, Eine Mittelstadt sammelt zeitgenössische
Kunst,
Kulturarbeit 1960, S. 231 f.
- Katann, Oskar Artikel: Kunst,
Staatslexikon, 3. Band, 5. Auflage,
Freiburg i.Br. 1929, Sp. 704 ff.
- Keim, Walter Kommentar zur Verfahrens- und Geschäfts-
ordnung der Filmbewertungsstelle Wiesbaden,
FBW-Information, 3. Jahrgang 1964, Nr. 2
v. 19.6.1964.
- ders. Rechtsfragen der Filmbewertung,
in: Film und Recht, Informationsdienst des
Instituts für Filmrecht, München 1959,
Nr. 4, S. 6 ff.
- ders. Die freiwillige Selbstkontrolle der deut-
schen Filmwirtschaft,
Kulturarbeit 1949, S. 193 ff.
- ders. Die Krise der "Freiwilligen Selbstkontrolle
der Filmwirtschaft",
Kulturarbeit 1952, S. 5 f.
- Kempe, Fritz Hat das Kino noch Chancen?
Kulturarbeit 1958, S. 166 ff.
- ders. Woran krankt der deutsche Film?
Kulturarbeit 1956, S. 43 ff.

- Kitzinger, Artikel 142, Satz 1. Die Freiheit der Wissenschaft und der Kunst, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Band, Berlin 1930, S. 449 ff.
- Knapp, Bruno Die Zulässigkeit der Filmzensur und ihre Ausübung durch die "Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft", Frankfurter jur.diss 1955, maschinenschriftlich vervielfältigt.
- Knoll, Joachim Was ist Kitsch - Eine Untersuchung zum Wort und zur Sache, Kulturarbeit 1961, S. 190 ff.
- Köttgen, Arnold Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, Berlin 1954, S. 291 ff.
- ders. Die Kulturpflege und der Bund, in: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Stuttgart 1957, S. 183 ff.
- ders. Das umstrittene Mandat zur Jugendpflege, DÖV 1961, S. 1 ff.
- ders. Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16 (1958), S. 154 ff.
- ders. Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVB1. 1953, S. 485 ff.
- ders. Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, VerwArch. 44 (1939), S. 1 ff.
- Kohler, Josef Besprechung von Johann Lazarus, Das Unzüchtige und die Kunst, sowie Richard Wolff, Was ist unzüchtig? Was ist unsittlich? Was ist normal? GoldtArch. 57 (1910), S. 418 ff.
- Kratzer, Jakob Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 10.7. 1958, BayVB1. 1959, S. 90.
- ders. Gemeinsamer Verwaltungsakt von Bund und Land? BayVB1. 1958, S. 74 ff.
- Krings, Hermann Für die Unabhängigkeit der Filmbewertung, Kulturarbeit 1956, S. 222 ff.

- Krings, Hermann Was heißt wertvoll - Über Grundlagen und Maßstab der Filmbewertung, 2. Auflage, Wiesbaden-Biebrich 1961.
- Krüger, Herbert Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, S. 380 ff., 450 ff. und 518 ff.
- ders. Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 1950.
- ders. Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern Hamburgs öffentlich-rechtliche Nebenstunden, Band 2, Hamburg 1960.
- ders. "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und "Gewährung mit Auslesevorbehalt", DÖV 1958, S. 673 ff.
- Kuhnt, Günther Besucherorganisation und Theater, Kulturarbeit 1954, S. 148 ff.
- Kulturpolitik der Länder 1960 - Ein Bericht, herausgegeben von der Ständigen Konferenz der Kultusminister der Länder der Bundesrepublik Deutschland, o.J. (1961).
- Kulturpolitik der Länder 1961 und 1962, herausgegeben von der Ständigen Konferenz der Kultusminister, Köln und Opladen 1963.
- Kummer mit Preisen, magnum, Heft 28 (Februar 1960), S. 64 ff.
- Baden-Badener Kunstgespräch: Wird die moderne Kunst gemanagt? Kommentar zur Kunst der Gegenwart Nr. 1, Baden-Baden 1959.
- Der "Kunstkreis Hameln" - Neue Wege zur Förderung des Künstlernachwuchses, Kulturarbeit 1958, S. 69 f.
- Deutsche Kunstpreise 1946 - 1961 Eine dokumentarische Übersicht, 2. Auflage, 1962, herausgegeben vom Deutschen Kunstrat und der Deutschen Sektion der Internationalen Gesellschaft der bildenden Künste.
- Kunstverein Konstanz, für Kunst und Stadt Vom hundertjährigen Wirken des Kunstvereins Konstanz, Konstanz 1958.
- Laband, Paul Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4 Bände, 5. Auflage, Tübingen 1911 - 1914.
- Lassar, Gerhard Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung. Zwei Studien, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band XIV (1926), S. 1 ff.

- Leiss, Ludwig Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafwürdigkeit einer Handlung, NJW 1962, S. 2323 ff.
- Leitsätze zur kommunalen Kulturarbeit (Stuttgarter Richtlinien), formuliert vom Kulturausschuß des Deutschen Städtetages, Der Städtetag 1952, S. 69 ff.
- Lerche, Peter Bundestagsbeschlüsse ohne Gesetzesbefehl über Subventionen, NJW 1961, S. 1758 ff.
- Linfert, Carl Kultur ist keine Sache für sich, Festvortrag anlässlich der 10. Verleihung des Großen Kunstpreises des Landes Nordrhein-Westfalen am 20. Juni 1962, in: Staat und Kunst, Krefeld 1962, S. 21 ff.
- Löffler, Martin Darf die Verwaltung in das Grundrecht der Pressefreiheit eingreifen? DÖV 1957, S. 899 ff.
- ders. Presserecht, Kmt., München und Berlin 1955.
- Lüders, C.H. Sind deutsche Spitzenfilme noch möglich? Kulturarbeit 1953, S. 203 ff.
- Luft, Friedrich Theater in Deutschland oder das überfüllte Vakuum, Jahresring 1955/56, S. 369 ff.
- ders. Theaterfülle - Dramenleere, Jahresring 1956/57, S. 363 ff.
- ders. Bühnenkonjunktur - Theaterlethargie, Jahresring 1957/58, S. 371 ff.
- ders. Dreißig Millionen suchen einen Autor, Jahresring 1959/60, S. 377 ff.
- ders. Das multiplizierte Theater, Jahresring 1960/61, S. 360 ff.
- Lutze, Eberhard Künstlerhilfe - und was weiter? Kulturarbeit 1950, S. 179 f.
- Maetzel, Wolf Bogumil Jugendschutz und Geistesfreiheit, MDR 1955, S. 262 ff.
- Mallmann, Walter Das Recht der Kunsthochschulen und die Freiheit der Kunst, in: Festschrift für Hermann Jahrreiss, Köln-Berlin-Bonn-München 1964, S. 247 ff.

- Mallmann, Walter Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1961), S. 165 ff.
- Malraux, André Psychologie der Kunst I. Das imaginäre Museum, rowohlt's deutsche encyklopädie 39, Hamburg 1957.
- ders. Psychologie der Kunst II. Die künstlerische Gestaltung, rowohlt's deutsche encyklopädie 60, Hamburg 1958.
- Mang, Johann /
Maunz, Theodor /
Mayer, Franz /
Obermayer, Klaus Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, München 1962.
- Mangoldt, Hermann von Das Bonner Grundgesetz, Kmt., Berlin und Frankfurt a.M. 1953.
- ders./Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz, Kmt., 2. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. ab 1957.
- Mann, Thomas Betrachtungen eines Unpolitischen, Stuttgart-Zürich-Salzburg o.J.
- Marcuse, Ludwig obszön. Geschichte einer Entrüstung, München 1962.
- Maunz, Theodor Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 21.12. 1954, BayVBl. 1955, S. 215 f.
- ders. Die kulturelle Sicherheit des Bürgers, in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag, München und Berlin 1958, S. 113 ff.
- ders. Die Kulturhoheit der deutschen Länder, Referat auf der Staatswissenschaftlichen Arbeitstagung "Föderalistische Ordnung" in Mainz am 9./10. März 1961, Presseveröffentlichungen über den Bundesrat Nr. 126 vom 20.3.1961, S. 1 ff.
- ders. Deutsches Staatsrecht, Studienbuch, 13. Auflage, München und Berlin 1964.
- ders. Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, BayVBl. 1962, S. 1 ff.
- ders./Dürig, Günter Grundgesetz, Kmt., München und Berlin ab 1959.

- Mayer, Eduard von Fürsten und Künstler,
Berlin 1907.
- Mayer, Franz Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzlichen Ermächtigung,
in: Festschrift für Hermann Nottarp,
Karlsruhe 1961, S. 187 ff.
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht,
2 Bände, 3. Auflage, München und Leipzig
1924.
- Medicus, Franz Albrecht Reichsverwaltung,
Jahrbuch des öffentlichen Rechts der
Gegenwart, Band 20 (1932), S. 1 ff.
- Medicus, Artikel: Kulturpolizei,
in: Deutsches Staats-Wörterbuch,
herausgegeben von J.C. Bluntschli und
K. Brater, 6. Band, Stuttgart und Leipzig
1861, S.149 ff.
- Menger, Christian Gesetz und Verwaltung, Bemerkungen zum
gleichnamigen Buch von Dietrich Jesch,
Friedrich Der Staat 1 (1962), S. 360 ff.
- ders. Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung,
DVBl. 1960, S. 297 ff.
- ders. Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungs-
gerichtsbarkeit,
DÖV 1955, S. 587 ff.
- ders. Höchststrichterliche Rechtsprechung zum
Verwaltungsrecht,
VerwArch. 49 (1958), S. 73 ff.; 50 (1959),
S. 77 ff. und 387 ff.; 52 (1961), S. 196 ff.
- ders. System des verwaltungsgerichtlichen Rechts-
schutzes. Eine verwaltungsrechtliche und
prozeßvergleichende Studie,
Tübingen 1954.
- Mennekes, Erwin Film. Vergnügen und Steuer - Eine Lanze
für die Vergnügungssteuer,
Stuttgart 1960.
- Mersmann, Hans Der Deutsche Musikrat 1953 bis 1959,
Kulturarbeit 1959, S. 43 ff.
- Mewes, Bernhard Die Kunstpflege im Gemeindehaushalt nach
der Währungsreform,
Kulturarbeit 1950, S. 4 ff.
- ders. Kulturpreise der Städte,
Der Städtetag 1958, S. 201 ff. und
1959, S. 324 f.

- Mewes, Bernhard Die Subventionen für die Theater,
Kulturarbeit 1955, S. 121 ff.
- ders. Theater ohne Subventionen?
Der Städtetag 1962, S. 86 ff.
- ders. Die wirtschaftliche Situation der west-
deutschen Theater,
Kulturarbeit 1953, S. 61 ff.
- Meyer, Georg Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts,
Teil 1: Allgemeine Lehren,
Innere Verwaltung, 2. Auflage,
Leipzig 1893.
- ders./Anschütz, Gerhard Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes,
6. Auflage, Leipzig 1905;
7. Auflage, Leipzig 1919.
- Mierendorff, Marta Die staatliche und private Organisation
des Kunstlebens in der Bundesrepublik
Deutschland,
Kulturarbeit 1958, S. 226 ff.
- dies. Die Situation der bildenden Künstler in
West-Berlin. Eine soziologische Untersu-
chung des "Instituts für Kunstsoziologie",
Berlin,
Kulturarbeit 1957, S. 65 ff.
- dies. Zur Typologie der Vorurteile über Kunst
und Kunstleben,
Kulturarbeit 1958, S. 188 ff.
- Mogge, Wilhelm Die Filmkrise in Deutschland,
Kulturarbeit 1957, S. 44 f.
- Mohl, Robert von Die Polizei-Wissenschaft nach den Grund-
sätzen des Rechtsstaates,
1. Band, 3. Auflage, Tübingen 1866.
- ders. Staatsrecht, Völkerrecht und Politik
(Monographien),
2. Band; Politik, Tübingen 1860.
- Müsebeck, Ernst Das Preußische Kultusministerium vor hun-
dert Jahren,
Stuttgart und Berlin 1918.
- Naumann, Richard Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit,
JZ 1951, S. 423 ff.
- Nawiaskey, Hans /
Leusser, Claus Die Verfassung des Freistaates Bayern vom
2. Dezember 1946,
Kmt., München und Berlin 1948;
Ergänzungsband 1953.

- Nebinger, Robert Kommentar zur Verfassung für Württemberg-Baden,
Stuttgart 1948.
- ders. Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil,
2. Auflage, Stuttgart 1949.
- Nestriepke, S. Die wirtschaftliche Bedeutung der Besucher-
organisationen für die Theater,
Kulturarbeit 1949, S. 51 f.
- ders. Zum Thema: Besucherorganisationen,
Kulturarbeit 1957, S. 5 ff.
- Noltenius, Johanne Die Freiwillige Selbstkontrolle der Film-
wirtschaft und das Zensurverbot des Grund-
gesetzes,
Göttinger rechtswissenschaftliche Studien,
Band 23, Göttingen 1958.
- Obermayer, Klaus Anmerkung zum Urteil des OVG Hamburg vom
29.5.1958,
DÖV 1959, S. 267 f.
- ders. Verwaltungsakt und innerdienstlicher
Rechtsakt,
Stuttgart-München-Hannover 1956.
- Opet, Otto Deutsches Theaterrecht,
Berlin 1897.
- Ott, Sieghart Anmerkung zum Urteil des BayObLG vom
22.1.1964,
NJW 1964, S. 1149 f.
- ders. Die strafrechtliche Beurteilung von Wer-
ken der Kunst,
NJW 1963, S. 617 ff.
- Paasch, R. Die "Gesellschaft zur Förderung der west-
fälischen Kulturarbeit". Eine private Ein-
richtung zur Finanzierung landschaftsbezo-
gener Kulturarbeit,
Kulturarbeit 1958, S. 130 f.
- Passarge, Walter Plastik im Stadtbild. Zur Ausstellung zeit-
genössischer Bildhauer-Arbeiten in den
Grünanlagen der Stadt Mannheim,
Kulturarbeit 1951, S. 8 f.
- Peters, Hans Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?
in: Verfassungsrecht und Verfassungswirk-
lichkeit,
Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburts-
tag, Bern 1961, S. 206 ff.
- ders. Lehrbuch der Verwaltung,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949.

- Peters, Hans Die Wandlungen der öffentlichen Verwaltung in der neuesten Zeit, Kölner Universitätsreden, Krefeld 1954.
- Petschkau, F.C. Die Kunstpolitik der SED, Kulturarbeit 1956, S. 189 ff. und 207 ff.
- Picker, Henry Hitlers Tischgespräche im Führerhauptquartier 1941 - 1942, 2. Auflage, herausgegeben von P.E. Schramm, Stuttgart 1963.
- Pinder, Wilhelm Von den Künstlern und der Kunst, Berlin-München 1948.
- Plessner, Helmuth Die Legende von den zwanziger Jahren, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, Tübingen 1962, S. 209 ff.
- Poetzsch-Heffter, Fritz Handkommentar zur Reichsverfassung vom 11. August 1919, 3. Auflage, Berlin 1928.
- Potrykus, Gerhard Bundesgesetze zum Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit und über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Kmt., München und Berlin 1954.
- ders. Jugendschutzgesetz, Kmt., 2. Auflage, München und Berlin ab 1963.
- ders. Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Kmt., 2. Auflage, München und Berlin ab 1963.
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, 5. Auflage, herausgegeben von Erik Wolf, Stuttgart 1956.
- vom Rath, Karl Wie können die Städte der bildenden Kunst helfen? Der Städtetag 1953, S. 578 ff.
- Rave, Paul Ortwin Kunstdiktatur im Dritten Reich, Hamburg 1949.
- Reissmüller, Johann Georg Besprechung von Josef Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, JZ 1959, S. 582.
- Rettig, Fr. Die Polizeygesetzgebung des Großherzogthums Baden, Karlsruhe 1826.

- Rhode-Liebenau, Wolfram Grundrechte und Polizei,
DÖV 1957, S. 472 ff.
- ders. Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige Ordnung,
NJW 1957, S. 817 f.
- Richter, Werner Was heißt und zu welchem Ende treibt man
Kulturpolitik?
Bonner akademische Reden, 14. Heft,
Bonn 1955.
- Ridder, Helmut K.J. Vom allzu zeitigen Ausverkauf der Grundrechte. Bemerkungen zu den "Sünderin"-Entscheidungen der LVG Münster und Rheinland-Pfalz sowie des OVG Lüneburg,
JZ 1953, S. 249 f.
- ders. Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz - Vortrag, Schriftenreihe der internationalen Gesellschaft für Urheberrecht e.V., Band 29, Berlin und Frankfurt a.M. 1963.
- ders. Meinungsfreiheit,
in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, Berlin 1954, S. 243 ff.
- Riedel, Hermann Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften,
Kmt., Siegburg 1953.
- Riedel, Jost Kulturpolitik diesselts und jenseits des
Brandenburger Tores,
Kulturpolitik 1960, S. 1 ff.
- Roellenbleg, Rainer Die Rechtsstellung der Filmbewertungsstelle,
Rüdiger Münchener Diss. 1963.
- Rönne, Ludwig von Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie,
2. und 4. Band, 4. Auflage, Leipzig 1882
und 1884.
- Roesler, Hermann Das sociale Verwaltungsrecht,
2 Bände, Erlangen 1872 und 1873.
- Roh, Franz Der verkannte Künstler. Studien zur Geschichte und Theorie des kulturellen Mißverstehens,
München 1948.
- ders. "Entartete"Kunst. Kunstbarbarei im
Dritten Reich,
Hannover 1962.
- Roos, Gottfried Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, Berner Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein,
Bern 1955, S. 117 ff.

- Roportz, Hans-Rolf Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz.
Heidelberger Diss. 1963.
- Rothenbücher, Karl Bemerkungen zu zwei Urteilen des Thüringischen
Oberverwaltungsgerichts über das Verbot einer Theateraufführung,
VerwArch. 36 (1931), S. 244 ff.
- ders. Das Recht der freien Meinungsäußerung,
VVDStRL 4 (1928), S. 6 ff.
- ders. Über einen Fall der Präventivpolizei und
die Theaterzensur,
in: Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag,
Tübingen 1927, S. 211 ff.
- Rupp, Hans Heinrich Verwaltungsakt und Vertragsakt,
DVBl. 1959, S. 81 ff.
- Sammlung der Beschlüsse der Ständigen Konferenz der Kultusminister
der Länder in der Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben von der Ständigen Konferenz
der Kultusminister, Schriftleitung
P. Seipp und A. Fütterer, ab 1963.
- Sattler, Dieter Die heutige Lage des deutschen Theaters,
Kulturarbeit 1949, S. 49 ff.
- Schab, Günter Die Musen und ihre Mäzene,
Kulturarbeit 1960, S. 42 ff.
- ders. "Düsseldorfer Kaufleute sammeln moderne
Kunst". Eine beispielhafte Ausstellung,
Kulturarbeit 1956, S. 113 f.
- Schätzler, J.-G. Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige
Ordnung,
NJW 1957, S. 818 f.
- Scherer, Robert Artikel: Kultur I, Staatslexikon,
5. Band, 6. Auflage, Freiburg 1960,
Sp. 164 ff.
- Scheuner, Ulrich Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer
Zeit,
DÖV 1960, S. 601 ff.
- ders. Der Bereich der Regierung,
in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche,
Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag,
Göttingen 1952, S. 253 ff.
- Schilling, Robert Schmutz- und Schundgesetz,
Handbuch und Kommentar zum Gesetz über die
Verbreitung jugendgefährdender Schriften,
Nürnberg-Düsseldorf-Berlin 1953.

- Schilling, Robert Literarischer Jugendschutz,
Berlin-Spandau - Neuwied - Darmstadt 1959.
- ders. Über den sogenannten "Kunstvorbehalt" im
Gesetz über die Verbreitung jugendgefähr-
dender Schriften im Hinblick auf die gegen-
wärtige Problemliteratur,
Sonderdruck aus Heft 10 der Schriftenreihe
"Wir helfen unserer Jugend", Münster o.J.
- Schmalenbach, Werner Malerei um die Jahrhundertmitte,
in: Staat und Kunst, Krefeld 1962, S. 46 ff.
- Schmidt, Georg Zum Problem der Förderung junger Kunst und
junger Künstler,
in: Bericht über die 10. Jahrestagung des
Kulturkreises im Bundesverband der Deut-
schen Industrie, Köln 1961, S. 24 ff.
- Schneider, Hans Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzge-
bung. Bemerkungen über Kunst und Technik
der heutigen Gesetzgebung,
NJW 1962, S. 1273 ff.
- Schnerr, Ernst Staatliche Verwaltung im Bereich der Kunst,
BayVBl. 1960, S. 304 ff.
- Schnupp, Günther Auskunftspflicht der Polizei,
DÖV 1959, S. 172 ff.
- Schönke, Adolf /
Schröder, Horst Strafgesetzbuch,
Kmt., 11. Auflage, München und Berlin 1963.
- Scholtissek, Herbert Innere Grenzen der Freiheitsrechte. Zum
Verbot der Volksbefragung,
NJW 1952, S. 561 ff.
- Schrieber, Karl-
Friedrich Die Reichskulturkammer. Organisation und
Ziele der deutschen Kulturpolitik,
Berlin 1934.
- Schütz, Werner Brennpunkte der Kulturpolitik,
Stuttgart-Degerloch 1960.
- ders. Der Staat als Mäzen,
in: Staat und Kunst, Festschrift zum zeh-
njährigen Bestehen des Großen Kunstpreises
des Landes Nordrhein-Westfalen,
Krefeld o.J. (1962), S. 13 ff.
- Schulze-Reimpell, Werner Hat der deutsche Film noch eine Chance?
Kulturarbeit 1962, S. 87 f.
- Schultz, Günther Blick in die Zeit,
MDR 1956, S. 333 f.

- Sedlmayr, Hans Verlust der Mitte. Die bildende Kunst des 19. und 20. Jahrhunderts als Symptom und Symbol der Zeit, Salzburg 1948, unveränderte 5. Auflage 1951.
- Siebert, Wolfgang Privatrecht im Bereich Öffentlicher Verwaltung. Zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem Recht und Privatrecht, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 215 ff.
- Smend, Rudolf Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), S. 44 ff.
- ders. Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 11 ff.
- ders. Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform, in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum, Tübingen 1923.
- Spanner, Hans Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, 43. DJT, Band I, 2. Teil A, Tübingen 1960.
- Spitta, Theodor Kommentar zur Bremischen Verfassung von 1947, Bremen 1960.
- Stein, Erwin Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster vom 18.11.1958, JZ 1959, S. 720 ff.
- Stein, Lorenz Die Verwaltungslehre, Die Innere Verwaltung, 2. Hauptgebiet: Das Bildungswesen, Stuttgart 1868.
- Stern, Klaus Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.10.1961, JZ 1962, S. 181 f.
- ders. Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1961, S. 325 ff.
- ders. Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch. 49 (1958), S. 106 ff.
- ders. Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 518 ff. und 557 ff.

- Stuckenschmidt, H.H. Musik um die Jahrhundertmitte,
in: Staat und Kunst, Krefeld 1962, S. 171 ff.
- Stümmer, Erich Fragen der allgemeinen Filmfreigabe,
DVBl. 1960, S. 77 ff.
- ders. Filmselbstkontrolle, BayVB1. 1959, S. 104 ff.
- ders. Jugendschutz auf dem Gebiet des Schrift-
tums und der Abbildungen,
herausgegeben vom Volkswartbund, Köln 1957.
- Taine, Hippolyte Philosophie der Kunst,
aus dem Französischen übertragen von
Ernst Hardt, 2. Auflage, Jena 1907.
- Thiele, Ernst A fonds perdu? Bundesgelder im deutschen
Film,
Kulturarbeit 1951, S. 135 f.
- ders. Die Situation der Bildenden Kunst in
Deutschland,
herausgegeben vom "Deutschen Kunstrat"
Stuttgart-Köln 1954.
- Thieme, Werner Die Kulturordnung im Grundgesetz als föde-
ralistisches Problem,
in: Annales Universitatis Saraviensis,
Band VIII 1/2 1960, S. 59 ff.
- ders. Recht und Pflicht der wissenschaftlichen
Hochschule zur sozialen Fürsorge für ihre
Studenten,
Rechtsgutachten, herausgegeben vom Deut-
schen Studentenwerk e.V. Bonn und der
Deutschen Studenten-Krankenversorgung VVaG
Berlin, Bonn 1963.
- Thierfelder, Hermann Mitwirkung von Ausschüssen in der staatli-
chen Verwaltung - Möglichkeiten, Bewährung
und Grenzen,
VerwArch. 49 (1958), S. 249 ff.
- Thorn, Eduard Künstler über Kunst. Ein ewiger Dialog über
die Probleme der Kunst von Leonardo bis
Picasso,
Baden-Baden 1951.
- Tornau, Hildegard Die falsche Gleichung. Zur Situation der
deutschen Filmbürgerschaft,
Kulturarbeit 1954, S. 224 ff.
- Triesch, Günter Die Macht der Funktionäre. Macht und Ver-
antwortung der Gewerkschaften,
Düsseldorf 1956.

- Turegg, Kurt Egon von / Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
Kraus, Erwin 4. Auflage, Berlin 1962.
- Uhde, Werner GmbH-Theater oder Regietheater?
Der Städtetag 1955, S. 438 ff.
- Ule, Carl Hermann Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster vom
18.11.1958,
NJW 1960, S. 261.
- ders. Besprechung von: Z. Giacometti, Allgemeine
Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungs-
rechts,
VerwArch. 52 (1961), S. 425 ff.
- ders. Besprechung von: Festschrift für Hermann
Nottarp, und: Verfassungsrecht und Verfas-
sungswirklichkeit,
DVB1. 1962, S. 190 und 569 f.
- ders. Verwaltungsgerichtsbarkeit,
Kmt., 2. Auflage, Köln-Berlin-München-Bonn
1962.
- Unold, Max "Ausstellungskunst" oder "Auftragskunst",
Kulturarbeit 1951, S. 56 f.
- Vademecum Deutscher Lehr- und Forschungsstätten,
überarbeitete Ausgabe 1964, herausgegeben
vom Stifterverband für die Deutsche Wissen-
schaft, Essen 1964.
- Vietta, Egon Katastrophe oder Wende des deutschen
Theaters,
Düsseldorf 1955.
- Vogels, Alois Die Verfassung des Landes Nordrhein-
Westfalen,
Kmt., Stuttgart und Köln 1951.
- Voß, Norbert Gedanken zur deutschen Theatersituation,
Kulturarbeit 1957, S. 125 ff.
- ders. Soll es noch Kunstpreise geben?
Kulturarbeit 1955, S. 8 f.
- Vossen, Frantz Kunst als res publica - Kunstpflege in
Frankreich,
Jahresring 1959/60, S. 327 ff.
- Wahl, Alfons Jugendschutz in der Öffentlichkeit,
Kmt., 2. Auflage, Stuttgart und Köln 1954.
- Watson, Bruce A. Kunst, Künstler und soziale Kontrolle,
Kunst und Kommunikation, Schriften zur
Kunstsoziologie und Massenkommunikation,
herausgegeben von A. Silbermann, Band 3,
Köln und Opladen 1961.

- Wehrhahn, Herbert Systematische Vorfragen einer Auslegung
des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes,
AöR 82 (1957), S. 250 ff.
- Weisrock, F. Einheitliche Bewertung der Filme,
Staats-Zeitung und Staatsanzeiger für
Rheinland-Pfalz 1951, Nr. 38 vom 23.9.1951,
S. 5.
- Welter, Hilarius Subventionen als Rechtsbegriff,
BB 1962, S. 493 ff.
- Werner, Fritz Verwaltungsrecht als konkretisiertes Ver-
fassungsrecht,
DVB1. 1959, S. 527 ff.
- Wintrich, Josef M. Zur Problematik der Grundrechte,
Köln und Opladen 1957.
- Witten, Edmont Subventionen in der Rechtsprechung,
DVB1. 1958, S. 699 ff.
- Wörterbuch der herausgegeben von Wilhelm Bernsdorf und
Soziologie, Friedrich Bülow, Stuttgart 1955.
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I,
Studienbuch, 5. Auflage, München und
Berlin 1963.
- ders. Verwaltungsrecht II (Organisations- und
Dienstrecht),
Studienbuch, München und Berlin 1962.
- Wulf, Götz-Dieter Die Situation der deutschen Filmwirtschaft,
Kulturarbeit 1950, S. 51 ff.
- Wulf, Joseph Die Bildenden Künste im Dritten Reich.
Eine Dokumentation,
Gütersloh 1963.
- ders. Literatur und Dichtung im Dritten Reich.
Eine Dokumentation,
Gütersloh 1963.
- Zeidler, Karl Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.10.1961
DVB1. 1962, S. 301 ff.
- ders. Zur Problematik von Art. 2 Abs. 1 GG,
NJW 1954, S. 1068.
- ders. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Be-
denken gegen die Errichtung einer Anstalt
des öffentlichen Rechts "Zweites Deutsches
Fernsehen", Rechtsgutachten im Auftrag des
Bayerischen Rundfunks, in: Verfassungs- und
verwaltungsrechtliche Probleme des Staats-
vertrags über die Errichtung der Anstalt des
öffentlichen Rechts "Zweites Deutsches Fern-
sehen", herausgegeben vom Bayerischen Rund-
funk, Juni 1963, S. 25 ff.

- Zeidler, Karl Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, Der Staat 1 (1962), S. 321 ff.
- ders. Besprechung von: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, DÖV 1961, S. 759 f.
- ders. Schranken nichtthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1961), S. 208 ff.
- Zeidler, Wolfgang Zur Kritik des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957 durch Hamann, zugleich einige Bemerkungen zur Urteils- und Besprechungstechnik, BB 1957, S. 342 f.
- Ziegenfuß, Werner Artikel: Kunst (Bildende Kunst und Literatur), in: Handwörterbuch der Soziologie, herausgegeben von Alfred Vierkanth, Stuttgart 1931, Neudruck 1959, S. 308 ff.
- Zimmermann, Rainer Die zweite "documenta" in Kassel, Kulturarbeit 1959, S. 189 ff.
- ders. Muß die bildende Kunst Stiefkind der kommunalen Kulturarbeit bleiben? Kulturarbeit 1955, S. 68 f.
- Zinn, Georg August / Stein, Erwin Die Verfassung des Landes Hessen, Kmt., 1. Band, Bad Homburg und Berlin 1954.
- Zuhorn, Karl Lebendige Kulturarbeit, Der Städtetag 1952, S. 218 ff.
- ders. Kulturpflege, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, herausgegeben von Hans Peters, 2. Band: Kommunale Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957, S. 165 ff.

Lebenslauf

Ich wurde am 25. August 1937 in Tübingen als Sohn des Prokuristen Karl Schäuble und seiner Ehefrau Gertrud geb. Göhring geboren. Meine Kindheit verbrachte ich seit 1939 in Hornberg/Schwarzwaldbahn, wo ich auch die Volksschule besuchte. 1947 trat ich in die Schwarzwaldschule Triberg, ein neusprachliches Gymnasium, ein, wo ich im Frühjahr 1956 das Abitur bestand. Anschließend studierte ich in Freiburg i.Br. und München Rechtswissenschaft. Am 28. Juni 1960 legte ich vor der Prüfungskommission in Freiburg i.Br. die 1. juristische Staatsprüfung ab. Seit August 1960 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg. Von 1961 bis 1963 war ich als Assistent am Institut für öffentliches Recht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br. tätig.

Photodruck und Buchbinderarbeiten
PAUL JLLG Photo-Offsetdruck, Stuttgart-S, Olgastraße 66a